



· BIBLIOTECA ·  
· LVCCHESI · PALLI ·



*grande Palais*

*2h-V-9*

III 24. V 9





23/15

**SAGGIO**  
**SULLA STORIA**  
**DEL DRITTO DI FAMIGLIA**

PER  
**ILARIO NIUTTA**

GIUDICE DEL TRIBUNALE CIVILE E CORREZIONALE  
DI NAPOLI



**NAPOLI**  
**STABILIMENTO TIPOGRAFICO ROCCO**  
Largo Montecalvario, 4, 5 e 6.  
**1871**



ALLA  
VENERATA MEMORIA  
DI  
SUO PADRE  
VINCENZO NIUTTA  
L'AUTORE  
CONSACRA



## PREFAZIONE

Le diverse istituzioni e consuetudini che governano l'umanità, seguono nelle loro vicende e nel loro progresso storico leggi e principii fondamentali costanti e uniformi presso tutti i popoli. Queste leggi e questi principii fondamentali della società umana non possono però desumersi da teorie speculative ed arbitrarie, ma per la natura stessa delle cose debbono rilevarsi dall'esame e dal raffronto de' fatti e de' rapporti sociali che universalmente si manifestano e si svolgono presso le nazioni nel corso della loro storia. Ond' è che lo studio della storia delle legislazioni, anzichè mero oggetto di erudizione, debbe considerarsi ed è eminentemente necessario a bene intendere lo spirito e il valore delle diverse istituzioni e l'idea stessa del Dritto nel suo svolgimento e ne' suoi rapporti con la vita delle nazioni.

Movendo da questo concetto, noi col lavoro che ora pubblichiamo ci siamo adoperati a rilevare ed esporre i principii e le regole fondamentali seguite dalle varie legislazioni intorno ai diversi isti-

tuti giuridici concernenti l'ordinamento e i rapporti della famiglia, origine e base della società.

All'uopo abbiamo curato di riunire ed accennare le più importanti nozioni che sopra questa parte del Dritto ne forniscono le legislazioni dei principali popoli antichi e moderni, scorrendo a rapidi tratti delle legislazioni orientali, greche, romana, de' popoli germanici e in generale dell'Europa nel medio evo. Abbiamo toccato le diverse istituzioni soltanto ne' punti generali e più culminanti che valgano a ritrarre lo spirito che le ha informate e dirette nelle diverse condizioni della civiltà e presso i differenti popoli. Se a ciò il presente libro abbia in qualche modo soddisfatto, giudicherà il cortese lettore.



# INDICE DELLE MATERIE

---

## CAPO I.

### Del matrimonio.

§ 1. <u>Carattere dell'unione fra l'uomo e la donna . . . . .</u>	<u>pag.</u>	<u>1</u>
§ 2. <u>Compra della moglie, prima forma di matrimonio presso tutti i popoli. . . . .</u>		<u>3</u>
§ 3. <u>Uso di Sparta . . . . .</u>		<u>7</u>
§ 4. <u>Compra e usucapione della moglie in Roma .</u>		<u>8</u>
§ 5. <u>Compra della moglie presso i Germani e nelle leggi barbare . . . . .</u>		<u>9</u>
§ 6. <u>Presso gli Slavi . . . . .</u>		<u>11</u>
§ 7. <u>Consenso degli sposi. Sponsali presso i popoli primitivi e nelle legislazioni di Oriente. .</u>		<u>ivi</u>
§ 8. <u>Legislazione di Atene . . . . .</u>		<u>13</u>
§ 9. <u>Legislazione di Roma . . . . .</u>		<u>14</u>
§ 10. <u>Leggi germaniche e scandinave . . . . .</u>		<u>17</u>
§ 11. <u>Carattere degli sponsali ne' tempi posteriori: vincolo obbligatorio di essi secondo le leggi barbare e della chiesa . . . . .</u>		<u>19</u>
§ 12. <u>Consenso de' genitori . . . . .</u>		<u>23</u>
§ 13. <u>Impedimenti ai matrimoni de' servi da parte</u>		



dei padroni : influenza della chiesa. Matrimo- nii per cambio. Divisione della prole . . .	24
§ 14. Tasse di matrimonio riscosse da' signori feu- dali : <i>marketa</i> . . . . .	27
§ 15. Ingerenza de' signori feudali ne' matrimoni delle vassalle : abusi de' medesimi . . .	30

## CAPO II.

### Formalità per la celebrazione del matrimonio.

§ 1. Formalità nel rapporto degli sposi : tradizione della sposa. . . . .	22
§ 2. Nel rapporto con la società . . . . .	34
§ 3. Sistema e disposizioni della chiesa : pubblicità de' matrimoni : benedizione nuziale. Uso delle denunzie. Disposizioni delle leggi civili e del concilio lateranense . . . . .	36
§ 4. Disposizioni del concilio di Trento, adottate dai paesi cattolici. . . . .	40
§ 5. Legislazioni de' paesi protestanti e slavi. Imita- zione delle prescrizioni della chiesa catto- lica : conseguenze. . . . .	42
§ 6. Legislazioni moderne . . . . .	45
§ 7. Legislazioni della Scozia e degli Stati Uniti di America . . . . .	46

## CAPO III.

### **Poligamia. Monogamia. Poliandria. Concubinato.**

§ 1. Universalità della poligamia presso i popoli antichi. Prevalenza del principio monogamo. . .	47
--	----



§ 2. <u>Legislazioni antiche di Oriente</u> . . . . .	48
§ 3. <u>Legislazione di Maometto</u> . . . . .	52
§ 4. <u>Legislazioni di Atene, di Sparta, di altri popoli e di Roma</u> . . . . .	ivi
§ 5. <u>Legislazione de' Germani e de' popoli settentrionali di Europa</u> . . . . .	55
§ 6. <u>Polianoria usata da varii popoli</u> . . . . .	57
§ 7. <u>Concubinato di Roma diverso da quello di Oriente e di Grecia</u> . . . . .	58
§ 8. <u>Sua persistenza al di là de' tempi di Giustiniano: tollerato e approvato dalla chiesa e da' concilii</u> . . . . .	62
§ 9. <u>Uso generale di esso in tutta Europa</u> . . . . .	63
§ 10. <u>Primi divieti verso il IX secolo: tempi posteriori</u> . . . . .	65

#### CAPO IV.

##### Matrimonii fra parenti.

§ 1. <u>Matrimonii in linea retta e tra fratelli e sorelle, bilaterali e unilaterali</u> . . . . .	67
§ 2. <u>Varietà delle legislazioni quanto ai matrimoni ne' gradi più lontani</u> . . . . .	71
§ 3. <u>Legislazione romana</u> . . . . .	74
§ 4. <u>Legislazione canonica</u> . . . . .	75
§ 5. <u>Sistema di computazione della parentela usato dai Romani, dai Germani e dalla chiesa</u> . . . . .	78
§ 6. <u>Divieti di matrimonio tra affini: legislazione romana e della chiesa latina e greca</u> . . . . .	79

## CAPO V.

### **Condizione de' figli illegittimi.**

§ 1. Nozioni generali . . . . .	82
§ 2. Condizione de' diversi figli illegittimi nelle an- tiche legislazioni orientali . . . . .	83
§ 3. Legislazione maomettana . . . . .	85
§ 4. Legislazione di Atene . . . . .	86
§ 5. Legislazione di Sparta. . . . .	88
§ 6. Legislazione romana . . . . .	ivi
§ 7. Severità dei popoli germanici pe' matrimonii disuguali, specialmente tra liberi e servi . . . . .	90
§ 8. In appresso si ritengono validi : matrimonio morganatico . . . . .	92
§ 9. Condizione de' figli illegittimi, rispetto alla fa- miglia e rispetto alla società presso le na- zioni germaniche e settentrionali . . . . .	94
§ 10. Miglioramento progressivo della loro condi- zione : sono ammessi ai dritti di successio- ne : sistema delle diverse legislazioni . . . . .	98
§ 11. Condizione de' trovatelli o esposti . . . . .	102
§ 12. Varie incapacità di cui i bastardi erano col- piti . . . . .	103
§ 13. Bastardi de' sovrani . . . . .	104

## CAPO VI.

### Legittimazione. Indagini di paternità. Sostituzione di talamo. Matrimonii obbligatorii. Adozione.

§ 1. Legittimazione de' figli nelle legislazioni orien- tali, di Atene e di Roma . . . . .	106
---	-----



§ 2. Leggi germaniche . . . . .	108
§ 3. Legittimazione per susseguente matrimonio . . . . .	ivi
§ 4. Legittimazione per rescritto del principe e del papa. . . . .	110
§ 5. Indagini di paternità . . . . .	111
§ 6. Preoccupazione dell' antichità per una nume- rosa prole. Sostituzione di talamo. Matrimo- nii imposti dalle leggi fra parenti ed eredi del defunto . . . . .	114
§ 7. Legislazioni orientali . . . . .	115
§ 8. Legislazione di Atene e di Sparta . . . . .	117
§ 9. Leggi ed usi di altri popoli . . . . .	119
§ 10. Adozione : legislazioni de' popoli orientali . . . . .	122
§ 11. Legislazione della Grecia . . . . .	125
§ 12. Legislazione di Roma . . . . .	126
§ 13. Legislazione de' popoli settentrionali e del medio evo . . . . .	128
§ 14. Formalità, carattere e diverse specie di ado- zione . . . . .	129

## CAPO VII.

### Autorità maritale. Ripudio. Divorzio. Secondo nozze.

§ 1. Carattere dell' autorità maritale nelle diverse condizioni della società . . . . .	132
§ 2. Legislazioni antiche di Oriente. Legislazione maomettana . . . . .	133
§ 3. Adulterio e ripudio secondo tali legislazioni . . . . .	137
§ 4. Legislazione di Egitto. . . . .	141
§ 5. Legislazione di Atene e di Sparta . . . . .	142

§ 6. Legislazione di Roma: matrimonii con <i>manus</i> e matrimonii liberi o senza <i>manus</i> . . . . .	143
§ 7. Leggi germaniche e del medio evo: dritto di correzione del marito. . . . .	148
§ 8. Personalità giuridica della moglie . . . . .	150
§ 9. Legislazione inglese . . . . .	154
§ 10. Legislazioni slave. . . . .	156
§ 11. Divorzio secondo la legislazione romana . . . . .	157
§ 12. Ripudio e divorzio presso i Germani e nelle leggi barbare: influenza della chiesa: legi- slazioni di Europa . . . . .	160
§ 13. Seconde nozze nell'antichità e in Roma. . . . .	165
§ 14. Seconde nozze presso i Germani e nelle leggi barbare, nel dritto canonico e nel medio evo: unione delle proli. . . . .	167

## CAPO VIII:

### Regime dei beni tra coniugi.

§ 1. Nozioni generali. . . . .	171
§ 2. Legislazioni di Oriente: dote portata dal ma- rito alla moglie: sistema dell'Egitto. . . . .	174
§ 3. Legislazioni della Grecia . . . . .	175
§ 4. Legislazioni di altri popoli antichi . . . . .	177
§ 5. Legislazione romana . . . . .	178
§ 6. Legislazione de'Germani e de'popoli settentrio- nali: dote portata dal marito alla moglie . . . . .	183
§ 7. <i>Morgengabe</i> . . . . .	185
§ 8. Assegni di beni alla moglie per la vedovanza. . . . .	188
§ 9. Dotario . . . . .	190
§ 10. Introduzione del sistema dotale propriamente detto . . . . .	195



§ 11. Legislazioni de' paesi slavi . . . . .	196
§ 12. Legislazioni de' paesi scandinavi . . . . .	197
§ 13. Legislazione inglese . . . . .	198
§ 14. Obbligo della dote imposto ai parenti . . .	199
§ 15. Vincoli su' feudi per causa della dote . . .	202
§ 16. Controdote o prestazione fatta dal marito alla moglie in corrispettivo della dote. . . . .	203
§ 17. Regime della comunione dei beni: origine di esso. . . . .	206
§ 18. Beni che v' erano soggetti . . . . .	208
§ 19. Comunione universale. . . . .	211
§ 20. Regime della comunione ne' paesi slavi . . .	213

## CAPO IX.

### Patria potestà.

§ 1. Nozioni generali . . . . .	214
§ 2. Legislazioni orientali . . . . .	216
§ 3. Dritto di primogenitura . . . . .	220
§ 4. Legislazione di Atene . . . . .	222
§ 5. Legislazione di Sparta . . . . .	223
§ 6. Legislazione di Roma . . . . .	224
§ 7. La patria potestà presso i Germani, nelle leggi barbare e nel medio evo : dritti de' genitori sulla persona de' figli . . . . .	228
§ 8. Essa era comune al padre e alla madre . . .	235
§ 9. Cessava per l'età maggiore e per tacita eman- cipazione : quali dritti attribuiva ai genitori su' beni de' figli. . . . .	236
§ 10. Principii seguiti dalla legislazione spagnuola.	241
§ 11. Legislazioni slave. Forte spirito di famiglia e vincoli strettissimi tra genitori, figli e parenti.	242

CAPO X.

Tutela. Età maggiore.

§ 1. Nozioni generali. . . . .	247
§ 2. Legislazioni antiche di Oriente . . . . .	249
§ 3. Legislazione maomettana . . . . .	251
§ 4. Legislazione di Atene . . . . .	253
§ 5. Legislazione di Sparta. . . . .	ivi
§ 6. Legislazione de' Sibariti e de' Turii . . . . .	254
§ 7. Legislazione di Roma . . . . .	255
§ 8. Carattere della tutela presso le nazioni ger- maniche e settentrionali. A chi era conferita. Tutela della madre . . . . .	258
§ 9. Rimunerazione annessa alla tutela. Obblighi de' tutori . . . . .	261
§ 10. Influenza della feudalità sul sistema della tu- tela. Baliato o guardia nobile . . . . .	264
§ 11. Da' signori feudali la tutela passa all'autorità pubblica. Tribunali pupillari: consigli di fa- miglia . . . . .	267
§ 12. Epoca della maggiore età secondo le leggi barbare. . . . .	268
§ 13. Influenza della feudalità. Maggiore età feu- dale diversa dalla ordinaria. Legislazioni mo- derne . . . . .	270

CAPO XI.

Tutela e capacità giuridica delle donne.

§ 1. Nozioni generali . . . . .	274
---------------------------------	-----



§ 2.	Legislazioni dell' India, della Cina, della Persia, degli Ebrei, de' Maomettani, dell'Egitto.	277
§ 3.	Legislazione di Atene . . . . .	281
§ 4.	Legislazione di Sparta. . . . .	282
§ 5.	Capacità politica delle donne presso i popoli antichi . . . . .	283
§ 6.	Legislazione di Roma: capacità civile . . . .	284
§ 7.	Capacità politica . . . . .	288
§ 8.	Legislazione de' barbari e del medio evo . .	289
§ 9.	<i>Wergeld</i> delle donne . . . . .	297
§ 10.	Capacità politica . . . . .	299

## CAPO XII.

### Successione legittima.

#### SEZIONE 1.<sup>a</sup>

##### Principii generali. Legislazioni orientali e greche.

§ 1.	Principii generali . . . . .	303
§ 2.	Legislazione indiana . . . . .	311
§ 3.	Legislazione cinese. . . . .	316
§ 4.	Legislazione ebraica . . . . .	317
§ 5.	Legislazione degli altri popoli orientali . .	319
§ 6.	Legislazione maomettana . . . . .	320
§ 7.	Legislazione ateniese . . . . .	324
§ 8.	Legislazione spartana . . . . .	327

#### SEZIONE 2.<sup>a</sup>

##### Legislazione Romana.

§ 1.	Dritto antico. . . . .	329
------	------------------------	-----

§ 2. Modificazioni introdotte dal pretore e dagli imperatori. . . . .	332
§ 3. Sacrificii privati e pagamento de' debiti imposti agli eredi: eredi necessarii e volontari: dritto di deliberare e beneficio d'inventario. .	335

### SEZIONE 3.<sup>a</sup>

#### *Legislazioni de' popoli germanici e dell' Europa nel medio evo.*

§ 1. Fondamento del dritto di successione presso i Germani. Esclusione, prima assoluta, poi relativa delle donne secondo le leggi barbare.	339
§ 2. Leggi de' Visigoti seguite dalla legislazione posteriore della Spagna . . . . .	342
§ 3. Leggi scandinave . . . . .	343
§ 4. Statuti e leggi di Alemagna. . . . .	344
§ 5. Consuetudini della Francia . . . . .	345
§ 6. Statuti delle città italiane: regno di Napoli. .	ivi
§ 7. Legislazione d' Inghilterra. . . . .	347
§ 8. Legislazioni de' paesi slavi . . . . .	348
§ 9. Influenza delle modificazioni del dritto di proprietà sul dritto di successione . . . . .	351
§ 10. Successione de' feudi. . . . .	353
§ 11. Dritto di primogenitura . . . . .	355
§ 12. Successione nelle tenute servili e nelle classi dei villani . . . . .	358
§ 13. Privilegi a favore dell'ultimo figlio. . . . .	360
§ 14. Successione degli ascendenti . . . . .	365
§ 15. Ordine di successione fra i diversi eredi. .	367
§ 16. Dritto di rappresentazione . . . . .	371



§ 17. Preferenza del doppio vincolo fra i collaterali.	373
§ 18. Successione del coniuge superstite. . . . .	375
§ 19. Limiti della parentela rispetto al dritto di successione. . . . .	379
§ 20. Successione del fisco. . . . .	381
§ 21. Distinzione dei beni: beni immobili ereditarii ed acquisiti . . . . .	383
§ 22. Beni mobili: <i>heergewäte, gerade</i> . . . . .	386
§ 23. Beni paterni e materni . . . . .	390
§ 24. Qualità degli eredi: acquisto dell' eredità .	392
§ 25. Beneficio d' inventario. . . . .	395

### CAPO XIII.

#### Disposizioni dei beni per testamento e donazione.

##### SEZIONE 1.<sup>a</sup>

##### Principii generali. Legislazioni orientali e greche.

§ 1. Principii generali . . . . .	397
§ 2. Legislazione indiana. . . . .	404
§ 3. Legislazioni della Cina, degli Assirii e Babi- lonesi e di Egitto . . . . .	404
§ 4. Legislazione degli Ebrei . . . . .	406
§ 5. Legislazione maomettana . . . . .	409
§ 6. Legislazione di Atene . . . . .	410
§ 7. Legislazione di Sparta e delle altre repubbli- che della Grecia . . . . .	413

##### SEZIONE 2.<sup>a</sup>

##### Legislazione Romana.

§ 1. Dritto antico. Carattere del testamento in Roma.	415
---	-----

§ 2. Progressive limitazioni della facoltà di testare stabilite nell'interesse de' figli. . . . .	419
§ 3. Limitazioni nell'interesse degli eredi istituiti.	423
§ 4. Donazioni tra vivi . . . . .	424

SEZIONE 3.<sup>a</sup>

*Legislazioni de' popoli germanici e dell' Europa  
nel medio evo.*

§ 1. Assenza de' testamenti presso i Germani e nelle leggi barbare . . . . .	426
§ 2. Introduzione della facoltà di testare per l'influenza della chiesa. Legati pii. Abusi del clero . . . . .	429
§ 3. Ingerenza della chiesa nelle cause de' testamenti.	432
§ 4. Come e quando la facoltà di testare si estende nel dritto comune. Legislazione di Alemagna . . . . .	434
§ 5. Legislazione della Francia . . . . .	438
§ 6. Legislazione della Spagna. . . . .	439
§ 7. Legislazione d'Italia . . . . .	440
§ 8. Legislazione d'Inghilterra. . . . .	441
§ 9. Legislazioni de' paesi slavi . . . . .	ivi
§ 10. Divieto delle alienazioni e donazioni tra vivi.	444
§ 11. Retratto successorio . . . . .	447
§ 12. Legittima e porzione disponibile. Principii intorno ad esse: a chi compete la legittima: disposizioni del dritto canonico . . . . .	449
§ 13. Diseredazione . . . . .	455
§ 14. Fedecommissi o sostituzioni: uso di esse nel dritto romano e nel medio evo . . . . .	456

§ 15. Maioraschi . . . . .	462
§ 16. Patti successorii . . . . .	463
§ 17. Istituzioni contrattuali . . . . .	465
§ 18. Rinunzie alle successioni future . . . . .	467

#### CAPO XIV.

### Della solidarietà di famiglia nella vendetta e nella riparazione delle offese.

§ 1. <u>Nozioni generali. Legislazioni degli Ebrei e degli Arabi e degli altri popoli di Oriente.</u>	469
§ 2. <u>Legislazione di Atene e di Roma</u>	474
§ 3. <u>Legislazioni de' popoli germanici e slavi</u>	475
§ 4. <u>Composizioni o <i>wergeld</i> pel riscatto della vendetta: a chi e da chi era dovuto il <i>wergeld</i>: come si distribuiva: quando venne in desuetudine</u>	479
§ 5. <u>Assistenza dovuta in giudizio ai parenti col giuramento.</u>	486

---





---

## CAPO I.

### Del matrimonio

§ 1. Nello stato primitivo della società, in cui manca il concetto di proprietà individuale e l'unico principio che determina le azioni dell'uomo si è la forza fisica, l'unione dell'uomo e della donna non è ordinata e stabile, ma passeggera e furtiva. L'uomo dominato dall'istinto rapisce la donna come una cosa qualunque di cui vada in cerca, e quindi l'abbandona tosto che più non gli occorra: onde in tale stato sociale l'unione fra l'uomo e la donna non è stabilita dal matrimonio, ma piuttosto dal ratto. Quando poi comincia a sparire lo stato selvaggio ed a prevalere il principio della proprietà privata, l'unione dei sessi continua pure a subire il predominio della forza che rende la donna, come ogni essere debole, proprietà dell'uomo, del più forte, ma nel contempo essa acquista un carattere di ordine e di stabilità; poichè, riguardandosi la donna come un oggetto, che può divenire proprietà esclusiva dell'uomo al pari di ogni cosa suscettiva di appropriazione individuale, s'ingenera tosto

nella mente l'idea ch'essa non possa più essere violentemente rapita, ma debba regolarmente acquistarsi col consenso di coloro cui appartiene. Perciò la prima forma di matrimonio, che dopo il ratto si manifesta nella storia dell'umanità, si è la compra che l'uomo fa della donna dai parenti di lei mercè il pagamento di un determinato prezzo, e i primi rapporti giuridici che si stabiliscono tra marito e moglie sono quegli stessi che esistono tra il proprietario e la cosa da lui posseduta, tra il padrone e lo schiavo. Dal che ci scorge che in tale stato sociale non si richiede pel matrimonio il consenso della donna, ma bensì quello de'suoi parenti, ai quali si paga il prezzo della sua cessione. Perciò i patti che intervengono per regolare la condizione di tale cessione o vendita, e che sono appunto gli sponsali, che presso tutti i popoli sogliono precedere il matrimonio, sono fermati dal fidanzato coi parenti della fidanzata e non con costei, la quale, come quella che figura non come parte contraente, ma come l'oggetto stesso del contratto, non è chiamata ad intervenire, e deve, qualunque sia la sua volontà, accettare necessariamente lo sposo che il padre o i parenti da cui dipende le hanno destinato.

Il vero concetto del matrimonio non sorge e non si sviluppa che col progresso della civiltà, quando venendo meno il principio che chi è più forte possa disporre a suo arbitrio di tutto ciò ch'è più de-

bole, l'uomo comincia a ravvisare nella donna un essere eguale a lui e capace come lui di dritti e di volontà propria; allora gli sponsali non rivestono più i caratteri di una compra pattuita co' parenti della donna, ma assumono la forma di un libero e reciproco impegno fra l'uomo e la donna stessa, ed il matrimonio cessando di essere un contratto di compravendita, acquista il carattere suo proprio, quello cioè di un vero contratto di società formata tra esseri eguali per vivere insieme e prestarsi scambievole assistenza ed aiuto.

§ 2. La compra della moglie come prima forma del matrimonio si trova in tutta l'Asia, presso i Siri, i Caldei, gli Armeni(1), gli Ebrei, gli Assiri e i Babilonesi. Vari esempi della Scrittura mostrano che la donna si considerava come moglie di alcuno per quanto costui avesse per l'acquisto di lei pagato un prezzo ai genitori o a lei stessa (2). Il prezzo della compra non consisteva sempre in danaro; potevano supplirvi grani, armenti e la libertà stessa. È noto che Giacobbe, poco favorito della fortuna, non trovò altro mezzo per ottenere in isposa Rachele che di servire gratuitamente Labano con quattordici anni di schiavitù (3). Presso gli Assiri e i Babilonesi la compra della moglie si faceva all'incanto nel pubblico mercato: in un

(1) JUSTINIANI Nov. XXI.

(2) Esod. XXII, 16, 17, — DEUTER. 29. — OSEA III, 1, 2.

(3) Genesi XXIX, 18 a 30.

giorno stabilito si conducevano nelle pubbliche piazze tutte le donzelle, e alla presenza de' magistrati ciascuna di esse era attribuita a chi offriva un prezzo maggiore; il compratore non poteva portar via la donna da lui scelta se non dopo aver data cauzione di prenderla in isposa (1). Un uso presso a poco simile avea luogo fra'Sanniti: tutti i giovani erano adunati in pubblico e giudicati; chi era dichiarato il migliore avea dritto di scegliere pel primo la sposa fra le donzelle del paese; dopo di lui erano successivamente chiamati gli altri secondo i meriti di ciascuno (2). Nella Cina la compra è la sola forma di matrimonio (3); niuno dà sua figlia ad un altro senza ricevere un prezzo o un dono proporzionato alla condizione sua e alla fortuna dello sposo; spesso il Cinese, troppo povero per fare questi doni, ottiene la fidanzata assoggettandosi a servigi personali verso il futuro suocero come usavano gli Ebrei (4). Quanto agli antichi abitanti dell'India, Strabone avea di già notato ch'essi compravano le mogli dai parenti e le rice-

(1) PASTORET, Storia delle legislazioni. Vers. ital. di Franc. Foramiti, ediz. di Venezia. Vol. 1, p. 56.

(2) STOBEO, Frammenti della storia universale di Nicola Damasceno. *Sanniti*.

(3) KOENIGSWARTER, *Etudes historiques sur les développements de la société humaine* nella *Revue de legisl. et de jurispr. par* WOŁOWSKI. Vol. 34, p. 149.

(4) MARTIN, *Histoire de la femme*. Tom. 1, p. 13, 18.



vevano dando in cambio un paio di buoi (1). Secondo il codice di Manù, che rivela una civiltà molto più avanzata, sono, fra le otto forme di matrimonio in esso indicate, riconosciute anche due che ammettono la compra, ma la legge riguarda tali matrimoni come spregevoli e non accetti agli dei (2). Un padre che conosce la legge, dice Manù, non deve ricevere alcuna gratificazione dando in matrimonio sua figlia, poichè l'uomo che per cupidigia l'accetta, vien giudicato come se avesse venduto la sua prole (3). Secondo la legislazione del Corano uno degli elementi costitutivi del matrimonio è il pagamento del prezzo ossia della dote che il marito deve pagare per l'acquisto della moglie. Maometto dice: « Non vi ha alcun peccato a ripudiare una donna con la quale voi non avete coabitato o a cui non avete assegnato la dote (4). » Anche nell'attuale legislazione de' Turchi si ravvisano le tracce dell'antica compra della donna nell'esistenza del dono del mattino, specie di morgengabe, senza di cui niun matrimonio può aver luogo (5). Le popolazioni greche de' tempi eroici avevano lo stesso costume (6): chi richiedeva una

(1) STRABONE, lib. XV, c. I.

(2) KOENIGSWARTER op. cit. p. 148.

(3) Codice di Manù lib. III, §. 51.

(4) CORANO cap. II, § 257.

(5) WARNKÖNIG, *Juristische Enciclopädie*, p. 167.

(6) GOGUET, *Origine delle leggi, delle arti e delle scienze*. Vers. ital. ediz. di Napoli 1762, T. II, p. 46.

donna per moglie, la comprava o coi servigi che prestava al padre di lei o con doni che faceva sia a lui sia a lei stessa: così Omero chiama le donzelle *αλφεσιβειαί*, perchè maritandosi recavano dei buoi a' loro genitori o parenti. Nell'Iliade fa da Agamennone dire ad Achille che egli avrebbe a costui dato in isposa la propria figlia senza esigere il menomo dono (1). Pausania pure somministra altro esempio di quest'uso quando riferisce che Danao, non trovando a maritare le figlie pel misfatto da esse commesso, fece pubblicare ch'egli non domanderebbe alcun dono a quelli che volessero sposarle (2). Egualmente la compra della moglie era la forma del matrimonio presso i Cantabri, come riferisce Strabone (3), e presso i Traci (4). Lo stesso praticavano i selvaggi di America, i quali offrono un quadro preciso dello stato de' popoli nell'infanzia della società. In molte tribù, dice in vero Robertson, il matrimonio è propriamente un contratto in cui l'uomo compra la donna dai suoi parenti; benchè non informato dell'uso della moneta o di quei commerciali trattati che hanno

(1) Lib. II v. 146.

(2) Lib. III c. 12.

(3) Lib. III c. 4.

(4) *Quippe Thraces mulieres nupturae non parentum arbitratu, sed praemiis nubunt. Virgines enim quae forma praecelebant, a viris praetio exhibito et certa subtaxata pecuniarum summa emebantur.* ALEXANDER AB ALEXANDRO, *Genialium dierum* L. IV c. VIII, p. 956. Ediz. di Lione 1673.

luogo nelle più colte società, l'uomo conosce l'equivalente da darsi per qualunque cosa che desidera di possedere, e, come equivalente del possesso della donna che intende far sua, egli o consacra la sua servitù per un certo tempo ai genitori di lei o li assiste nel coltivare i campi e formare le canoe, ovvero presenta loro in regalo quelle cose che sono stimate le più valutabili a cagione dell'utilità che prestano o della difficoltà di trovarle (1). Anche attualmente presso i Tartari, i popoli del Tonchino, del Perù, i mori di Africa (2) e in Algeria (3), i mariti comprano le mogli al pari di qualunque cosa valutabile a prezzo.

§ 3. Singolare si appalesa poi nella storia la forma del matrimonio stabilita a Sparta dalla legislazione di Licurgo. Il matrimonio non si mostrava neppure come un contratto di compra, ma come un vero ratto; i giovani, come narra Ateneo, dovevano introdursi in un oscuro recinto dove erano varie donzelle loro ignote e rapirne una, la quale a tal modo diveniva moglie legittima, nè poteva essere più abbandonata. Ad un'ammenda fu condannato Lisandro, il quale, avendo trovato una moglie brutta, l'abbandonò per toglierne altra di forme migliori. Con questo sistema sì originale Licurgo voleva, secondo Plutarco, assuefare gli uomini

(1) ROBERTSON, Storia di America tradotta da Botta. V. I p. 340.

(2) GOGUET T. 1 p. 18.

(3) TROPLONG, *Contrat de mariage*. Pref. p. IX.

alla temperanza e rendere i matrimoni fecondi di figli robusti e vigorosi (1).

§ 4. Ne' primi tempi di Roma si trovano gli stessi principii seguiti dagli altri popoli primitivi. Per la conclusione del matrimonio non abbisognava altra condizione che il reciproco consenso delle parti; ma, affinchè il marito potesse ritenere la moglie come sua ed acquistare sopra di lei la potestà maritale, occorreano alcuni fatti speciali, di cui quegli ordinari, la *coemptio* e l'*usus* (essendo la confarreazione una forma religiosa propria de' soli patrizi) avevano il vero carattere di una compra o di un acquisto, che il marito faceva della moglie mercè le forme usitate per l'acquisto delle cose suscettive della proprietà quiritaria (2). In fatti la *coemptio* non era che una compra simbolica che il marito faceva della moglie per mezzo della moneta e della bilancia, *per aes et libram*, e con l'assistenza del padre o del tutore di lei: questa forma si mantenne sino ai tempi di Gaio (3). La forma dell'*usus* non era che l'applicazione all'acquisto della moglie de' principii relativi all'usucapione delle cose mobili. Come per mezzo dell'usucapione il possesso e la proprietà naturale di una cosa si convertiva in proprietà romana, così il marito, che non avea la potestà sopra la moglie, acquistava la

(1) PASTORET, V. 1, p. 745.

(2) MAYNZ, *Eléments de droit romain*. T. 2 p. 466.

(3) WALTER, *Storia del diritto di Roma*. V. 2 § 480.

potestà medesima, la *manus*, sopra di lei mercè il possesso della moglie stessa continuato senza interruzione per lo spazio di un anno. L'usucapione della moglie, non altrimenti che quella delle cose, poteva essere interrotta per qualche circostanza, e specialmente se la moglie si fosse assentata dal domicilio maritale per tre notti consecutive (1).

§ 5. Presso gli antichi Germani descritti da Tacito la compra della moglie come forma del matrimonio si manifesta con tutti i caratteri propri dei popoli primitivi. Chi desiderava una donna in isposa dovea comprarla dai parenti di lei mercè il pagamento di un determinato prezzo, che esprimeva il valore della donna o pure la composizione del ratto se per questo mezzo foss'ella venuta in potere dell'uomo. Tale era la forma del matrimonio consacrata nelle prime leggi scritte da' popoli germanici, come ne' miti e nelle prime leggi degli Islandesi, dei Norvegi e degli altri popoli scandinavi (2). La legge sassone esprime nella sua vera rozzezza questo concetto di un contratto di compra quando dice: *Lito regis liceat uxorem EMERE ubicumque voluerit* (3). La legge salica rivela del pari lo stesso principio, come lo prova il tit. LXX,

(1) MAYNZ T. 2 p. 588.

(2) KOENIGSWARTER op. cit. p. 168 a 170.

(3) Lex Saxonum Tit. XVIII § 1 in CANGANI, Leges barbarorum. Altrove essa dice: *Qui feminam ab alio desponsatam rapuerit ccc solidos patri puellae, ccc sponso componat, et insuper ccc solidis emat eam.* Tit. X § 1.



la cui rubrica è intitolata *De eo qui filiam alienam ACQUISIERIT et se retraxerit*. Le leggi anglosassoni poi mostrano chiaramente come la moglie era ritenuta un oggetto permutabile a prezzo; una di esse condannava chi dormiva con la moglie di un altro a procurare a costui co' propri denari un'altra donna: *Si liber homo cum hominis liberi uxore concubuerit, ejus capitale redimat, et aliam uxorem propria poecunia mercelur, et illi alteri eam adducat* (1). E una pruova evidente che la compra della donna fu considerata come la vera forma di un matrimonio legittimo, e il mezzo più proprio per distinguere un matrimonio stabile da una unione irregolare, la fornisce Sasso Grammatico, il quale narra che Frotone, dopo aver vinto i Ruteni, esortolli vivamente a comprare le mogli come praticavano i Danesi, poichè intervenendo un prezzo vi sarebbe stata maggiore stabilità nel matrimonio: *Ex imitatione Danorum ne quis uxorem nisi emptitiam duceret, venalia siquidem connubia plus stabilitatis habitura censebat, tutiorem matrimonii fidem existimans, quod pretio firmarentur* (2). In Alemagna quest'uso si conservò lungamente, e sino alla fine del medio evo per indicare il matrimonio si adoperava l'espressione *ein weib kaufen*, comprare una moglie (3). I diplomi e le formole di Francia mostra-

(1) CINCIANI, *Leges barbarorum*. V. IV p. 227 n. 32.

(2) GRIMM, *DEUTSCHE RECHTSALTERTHÜMER* p. 421.

(3) GRIMM, p. 421.

no come gli sponsali si contraevano *per solidum et denarium*, simboleggiandosi l'antico prezzo di compra: così riferisce Fredegario che gl'inviati del re offrirono a Clotilde secondo il costume di Francia il soldo e il denaro e poi la sposarono in nome di Clodoveo (1).

§ 6. Gli Slavi ne' primi tempi non conoscevano altra forma di matrimonio che il ratto della sposa, come lo attestano gli antichi canti nuziali: le tracce di quest'uso si conservarono anche quando mitigandosi i costumi si sostituì al ratto violento l'acquisto della fidanzata mercè un accordo precedente tra lo sposo e i genitori di lei, ossia la compra della fidanzata mediante il pagamento del prezzo convenuto. Anche attualmente presso gli abitanti dei paesi vicini all'Elba sogliono gl'invitati alle nozze presentarsi armati allo sposalizio e simulano di rapire la fidanzata pel futuro sposo. In altri paesi si suole quest'ufficio adempiere da paraninfi armati. Presso i popoli che abitano dietro i Carpazi usano gli sposi darsi un convegno nella piazza del mercato, ed ivi lo sposo offre ai genitori della sposa un dono che ricorda precisamente l'antico prezzo di compra (2).

§ 7. Secondo le legislazioni orientali, le quali riguardavano la donna come proprietà della famiglia e come un essere sfornito di personalità pro-

(1) GRIMM, p. 424.

(2) MACIEIOWSKI, SLAVISCHE RECHTGESCHICHTE. T. II, § 189.

pria, i genitori o parenti non avevano bisogno di consultare la volontà della donna per la scelta dello sposo: erano liberi di fidanzarla a chiunque volessero ed anche sin da' primi anni; onde gli sponsali non avevano il carattere di una promessa fatta direttamente dalla fidanzata, ma bensì di una promessa che, anche a sua insaputa, partiva esclusivamente dai genitori o parenti di lei. Ma d'altra parte il fidanzare la figlia o la congiunta pervenuta ad una certa età era non solo un dritto, ma un dovere dei genitori e parenti maschi: se essi lasciavano scorrere l'età stabilita senza prender cura del collocamento della donna, questa era in tal caso autorizzata dalla legge a scegliersi essa stessa uno sposo di sua volontà, mentre il matrimonio secondo i principii religiosi e sociali dell'antichità si considerava come la prima necessità e il primo dovere della vita. Perciò la legge di Manù dà facoltà alla figlia, che abbia oltrepassato tre anni dall'età nubile senza essere stata fidanzata dal padre, di scegliersi a suo arbitrio un marito della sua casta (1). In Persia egualmente la figlia non fidanzata può ella stessa richiedere al padre, al fratello o al tutore un marito senza che la sua domanda possa essere contraddetta (2). Presso gli Ebrei il padre poteva a suo arbitrio fidanzare la figlia dalla prima età sino a dodici anni e mezzo; dopo tal epoca

(1) Codice di Manù, lib. IX, § 88 e 92.

(2) MARTIN, T. 1, p. 280.



però la figlia non poteva più essere vincolata dalla volontà del padre. Poteva pure la donna essere fidanzata dalla madre o da'fratelli, ma in questi due casi avea la facoltà di far annullare gli sponsali giunta all'età nubile (1).

Gli sponsali secondo le legislazioni di Oriente formavano ordinariamente un vincolo obbligatorio come qualunque altro contratto. Così secondo la legge di Zoroastro l'impegno assunto con gli sponsali non poteva sciogliersi; il matrimonio era una consacrazione necessaria di essi (2). Nella Cina il padre che promette ad altri la mano di sua figlia già fidanzata è punito con ottanta colpi di bambù (3). Secondo il codice di Manù chi dà la figlia a persona diversa dal fidanzato è punito come falsario, poichè à mentito la sua parola (4). Presso gli Ebrei la fidanzata che mancava di fedeltà al suo fidanzato era punita con la pena dell'adulterio, cioè con la lapidazione (5).

§ 8. Nella legislazione di Atene a' tempi di Solone, quantunque non si conservasse alcuna traccia dell'antica compra della moglie, la donna però non avea libertà di scelta nel matrimonio: essa riguardavasi proprietà della famiglia, e questa po-

(1) PASTORET, V. I p. 441.

(2) MARTIN, T. I p. 280.

(3) MARTIN, T. I p. 13.

(4) MANÙ, Lib. IX § 31.

(5) DEUTER. XXII, 24.

teva disporre di lei come voleva; onde il padre o il tutore potevano maritarla a chi essi intendevano senza bisogno di consultare la sua volontà; e perciò gli sponsali, sebbene si facessero in Atene con l'intervento della fidanzata, non rivelavano libertà di consenso e di scelta da sua parte (1).

§ 9. In Roma il consenso necessario per la conclusione del matrimonio stava più per l'uomo che per la donna; poichè questa, se era figlia di famiglia, non aveva libertà di scelta ed era maritata anche suo malgrado: così anche presso i Romani, come presso gli altri popoli, era il padre che prometteva la figlia, non questa sè. Ciò del resto era ben conforme ad una legislazione per la quale il padre avea il dritto di ritogliere la figlia al proprio marito (2). La figlia non poteva rifiutare di prendere quel marito che il padre le destinava, a meno che non fosse persona di cattiva condotta (3). Per ciò gli sponsali si contraevano piuttosto dal padre che dalla figlia: ne' primi tempi essi facevansi con la forma della sponsione, onde *sponsalia*, e presso gli antichi popoli latini e da principio anche presso i Romani producevano un vincolo civile obbligatorio, da cui nasceva un'azio-

(1) MARTIN, T. 2 p. 30 e 31. CAUVET, De l'organisation de la famille à Athènes nella *Revue de legis. et de jurispr.* Tom. 24 p. 451.

(2) WALTER, Storia del dr. di Roma. V. 2 §. 493.

(3) MAYNZ, Elém. de dr. rom. T. 2 p. 472, 473.

ne *ex sponso* pel risarcimento dei danni ; ma in appresso fu negata agli sponsali ogni forza obbligatoria, reputandosi immorale qualunque restrizione alla libertà del matrimonio, e si vietò del pari di aggiungere ad essi una clausola penale (*stipulatio poenae*) in caso d'inadempimento, eccetto le arre, le quali erano usitatissime e producevano gli stessi effetti delle arre ordinarie. Tuttavia gli sponsali formavano un vincolo morale da cui nasceva pure qualche effetto giuridico: così il fidanzato poteva, come il marito, agire in giudizio per la riparazione delle ingiurie recate alla fidanzata; sembra pure che l'infedeltà della fidanzata fosse eguagliata all'adulterio (1).

Il figlio o la figlia non potevano in Roma contrarre matrimonio senza il consenso del padre o dell'ascendente sotto la cui potestà si trovavano; in difetto di tal consenso il matrimonio era radicalmente nullo (2). Verò è che nelle sentenze di Paolo inserite nel codice dei Visigoti si legge al lib. 2 tit. 19 §. 2: *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur. Contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur*. Ma il principio ivi enunciato è in opposizione a tutte le regole seguite costantemente

(1) MAYNZ, T. 2 p. 476, 477. WALTER V. 2 §. 493.

(2) Dig. Lib. 23 tit. 2 §. 2, 3, 18, 25, 35. Instit. Lib. 4 tit. 10 §. 1.

dal dritto romano nella materia; e se non vuolsi ritenere, come è pure probabile, che il citato testo di Paolo sia stato a guisa di vari altri interpolato dai Visigoti, debbe ammettersi che l'interpretazione da lui stabilita corrispondeva piuttosto ad una consuetudine invalsa che al rigore del dritto(1). L'autorità patria però non giungeva sino a forzare i figli al matrimonio(2), e se poteva imporre un marito alla figlia, non poteva egualmente obbligare il figlio a prendere una sposa contro la sua scelta (3).

Questa condizione del consenso degli ascendenti non era per dritto romano richiesta come nelle legislazioni moderne per un principio di riverenza verso i genitori, ma invece era una conseguenza della costituzione speciale della famiglia romana e de'dritti di proprietà che il padre di famiglia vantava su tutti gl'individui ch'erano sotto la sua potestà. Onde seguiva che il figlio emancipato poteva ammogliarsi senza il consenso del padre, che non era richiesto il consenso della madre, e che il nipote avea bisogno non solo del consenso dell'avo, ma anche di quello del padre sotto la cui potestà, a morte dell'avo, sarebbero ricaduti i figli che potevano nascere dal matrimonio. Ciò derivava dal principio che niuno doveva trovarsi erede e sotto la potestà di una per-

(1) VOET ad pand. lib. 23 tit. 2 n. 9.

(2) Dig. Lib. 23 tit. 2 §. 21.

(3) MAYNZ, T. 2 p. 473.

sona a malgrado di questa, *ne ei invito haeredes adgnascantur*; e perciò l'avo non poteva senza il consenso del figlio introdurre tra i figli di costui nuove persone che ne aumentassero la famiglia e il numero degli eredi. Per l'opposto la nipote non aveva bisogno del consenso del padre, perchè i figli di lei non seguivano mai la famiglia della madre, ma appartenevano alla famiglia di suo marito (1).

Se il padre o l'avo ricusavano senza giusti motivi di consentire al matrimonio dei figli, il loro consenso poteva dopo la legge Giulia essere supplito dall'autorità pubblica: secondo una costituzione di Severo ed Antonino erano all'uopo delegati i presidi delle provincie (2).

§. 10. Presso gli antichi Germani il matrimonio si formava senza bisogno del consenso della sposa; era ciò naturale in una società in cui il matrimonio avea per la moglie il carattere di una compra: così le prime leggi e consuetudini germaniche e scandinave (3) esigono per gli sponsali non il consenso della sposa, ma quello del padre o dei parenti più prossimi di lei. Le leggi de' Longobardi dicono espressamente che il padre o i fratelli non

(1) MAYNZ, T. 2 p. 473. ORTOLAN, *Explication historique des instituts*. V. 1 p. 201.

(2) Dig. Lib. 23 tit. 2 fr. 9.

(3) D'OLIVECRONA, *De la communauté des biens entre époux d'après les lois scandinaves*, nella *Revue critique de legisl. et de jurispr.* T. XV p. 220.



erano nella scelta dello sposo obbligati di consultare la figlia o la sorella (1). Le donne avevano assolutamente bisogno di questo consenso per passare a marito, ed uno de' primi dritti di chi avea il *mundium* su di esse era precisamente quello di consentire o di opporsi al loro matrimonio. Così le leggi de'Turingi (2), de'Borgognoni (3), de'Sassoni (4) non permettevano alle donne di contrarre matrimonio senza il consenso del padre o del loro tutore: quelle de'Visigoti (5), seguite poi dagli statuti o *fueros* di Spagna, stabilivano lo stesso richiedendo il consenso del padre o de'fratelli. Il padre poi secondo la legislazione spagnuola avea il dritto di fidanzare la figlia sin dall'età di sette anni, e ciò ch'è più esorbitante, non era neppure obbligato ad indicar la persona cui la fidanzava, potendoselo riservare più tardi (6).

Se la donna fosse stata rapita, o si fosse in qualunque modo maritata senza richiedere il necessario consenso, il padre o i più prossimi parenti avevano il dritto di reclamarla dal marito insieme ai danni ed interessi; e se fosse morta prima

(1) Quia non est credibile ut pater filiam suam aut fratrem sororem suam, doloso animo aut contra rationem cuicumque homini dare debeat. Leg. Luitp. lib. 2 c. VI.

(2) Leg. Angl. et Werin. X. §. 3.

(3) Leg. Burgund. XII § 5.

(4) Lex Saxon. VII. 3.

(5) Lib. 3 tit. 1 § 2.

(6) BELIME, Philosophie du droit. T. II p. 108 nota.



che il rapitore, venendo a composizione col padre, avesse acquistato il *mundium* su di lei, il padre poteva inoltre domandare per la figlia morta un *wergeld* di quattrocento solidi. Così disponeva la legge degli Alemanni (1), e poco differivano da questa le leggi de' Visigoti e de' Longobardi (2).

Le leggi scandinave prescrivevano che se la donna non fosse stata negli sponsali rappresentata dal suo *sponsor* (*giptaman, fastnandi*), ch'era il più prossimo suo parente, non avrebbero nè essa nè la prole acquistata la qualità di moglie e figli legittimi (3). Secondo le leggi d'Islanda e di Norvegia il dritto di maritare le donne era inerente al dritto di successione, per modo che chi era chiamato a succedere era pure chiamato a prestare o rifiutare il consenso al matrimonio della donna: secondo i *gragas* islandesi questo dritto rispetto alla vedova spettava al proprio di lei figlio giunto all'età di anni sedici (4).

§ 11. Tali principii cominciarono però in progresso di tempo a modificarsi; a poco a poco la compra della donna non divenne che simbolica, e in lei si riconobbe una certa personalità; onde vediamo la legge salica prescrivere anche l'intervento della

(1) Lex Alaman. tit. 54.

(2) Leg. Wisig. Lib. 3. tit. 1 c. 3. Lib. 3. tit. 2 c. 8. Leg. Rothar. 1,188.

(3) D'OLIVECRONA op. cit. p. 219.

(4) LAFERRIERE, Histoire du droit français T. VI. append. 6, p. 461.

sposa negli sponsali (1), e le leggi di Vestrogozia permettere lo scioglimento di un matrimonio pel quale la volontà della sposa fosse stata forzata (2). Nè il matrimonio contratto dalla donna senza il consenso del suo tutore fu sempre ritenuto assolutamente invalido, ma solo portava l'esclusione della donna stessa da ogni dritto di successione nella sua famiglia, come nel generale disponevano le leggi scandinave (3) e quelle de' popoli slavi. Così le leggi di Polonia, di Ungheria e di Boemia privavano di ogni dritto alla successione paterna le sorelle che si fossero maritate senza il consenso del padre o dei loro fratelli (4). Più benigni di queste gli statuti di Riva di Trento limitavano la perdita de'dritti di successione solo alle nozze che una fanciulla senza il consenso paterno o fraterno, o anche materno, se mancavano il padre e il fratello, avesse contratto con una persona infame o di troppo bassa condizione. Gli statuti di Lugo, che pure erano severissimi, mettevano intanto un certo freno all'arbitrio de'parenti, notando che il padre, il fratello, l'avo e quanti avevano la facoltà del divieto dovessero godere del pieno uso della ragione (5).

Progredendo poi sempre più la civiltà, gli spon-

(1) Tit. LXX.

(2) D'OLIVECRONA p. 220.

(3) LAFERRIERE, T. VI. p. 462, 466, 467, 469.

(4) MACIEIOWSKI T. IV, § 287, 288, 289, 291.

(5) DE GUBERNATIS, Storia comparata degli usi nuziali in Italia, p. 65. Milano 1869.

sali, cessando di essere un contratto esclusivo tra il fidanzato e i parenti della fidanzata, cominciarono a divenire un impegno diretto e reciproco fra gli sposi, un principio della loro vita coniugale. Essi sono mentovati in tutte le leggi germaniche e barbare del quinto e del sesto secolo, e generalmente costituivano un vincolo obbligatorio tra fidanzati, com'era per le leggi de' Bavari (1), degli Alemanni (2), de' Visigoti (3), de' Longobardi (4), e per le Assisie di Gerusalemme (5). Chi si ritraeva dall'impegno preso era ordinariamente punito con pene pecuniarie, ma alcune leggi erano assai più severe; così per la legge di Gulathing in Norvegia il fidanzato o la fidanzata che ritrattassero la loro promessa potevano essere convenuti in giudizio ed esiliati (6), e la legge de' Borgognoni giungeva sino alla pena di morte contro la fidanzata che si fosse unita ad altri (7). Questa pena del resto non riguardava soltanto la ritrattazione della parola data, ma anche una unione illecita; poichè le leggi dei popoli germanici spesso confondevano le disposizioni penali contro il ratto, lo stupro e l'adulterio con le sanzioni che colpivano l'inadempimento degli

(1) Tit. VII. § 15.

(2) Tit. LIII.

(3) Lib. 3, tit. 1, § 3, 4.

(4) Lib. 2, tit. 1, § 1.

(5) Corte de' Borghesi c. 145.

(6) LAFERRIÈRE T: VI, p. 464.

(7) Lex Burgund. tit. 52.

sponsali. In appresso però prevalsero i principii del dritto romano, e furono distinte le arre nuziali date per la conferma della promessa dalle pene pecuniarie convenzionali stabilite pel caso d'inadempimento di una delle parti: le prime furono ammesse, le seconde furono generalmente proscritte. Le leggi canoniche per l'opposto dichiararono da principio obbligatorio l'adempimento degli sponsali, ammettendo espressamente un'azione per la conclusione del matrimonio e comminando pene spirituali contro la parte inadempiente (1); e in alcuni paesi la pratica del foro ecclesiastico giunse pure ad infliggere pene pecuniarie ed il carcere, e persino ad obbligare al matrimonio con mezzi coattivi. In caso però di assoluta ripugnanza al matrimonio, la chiesa si limitò a costringere il fidanzato a pagare un'indennità alla fidanzata, essendosi bentosto riconosciuto quanto vi fosse di enorme e di assurdo in un matrimonio contratto per forza (2).

Nella chiesa greca gli sponsali erano accompagnati dalla benedizione; però, confondendosi quasi col matrimonio, la violazione di essi era eguagliata all'adulterio. A mitigare questa severità Leone il

(1) *DECRET.* lib. IV, tit. 1, c. X.

(2) *SCHULTE*, Manuale del dritto matrimoniale cattolico. Vol. 1, p. 473 e seg. Gregorio di Tours riporta il caso di un uomo che si presenta al giudice e domanda che una giovane, cui ha dato le arre nuziali, gli sia data in matrimonio, altrimenti egli non avrebbe desistito che pel pagamento di sedicimila solidi—*MICHELET*, *Les origines* etc. p. 24.

Filosofo cercò ravvicinare vieppiù gli sponsali al matrimonio, prescrivendo che la benedizione non dovesse impartirsi prima che le parti avessero raggiunta la pubertà; ed Alessio Commeno poi nel 1084 attribuì agli sponsali accompagnati dalla benedizione sacerdotale la stessa forza del vero matrimonio (1).

§ 12. Il consenso de' genitori anche in progresso di tempo fu, a differenza di quello degli altri parenti, ritenuto dalle diverse legislazioni come condizione necessaria pel matrimonio dei figli uniformemente ai principii del dritto romano; ma, venute poi le cause de' matrimoni nelle mani degli ecclesiastici, invalse il principio che il dissenso paterno valesse soltanto ad impedire la conclusione del matrimonio, ma non già ad invalidare un matrimonio già seguito. Tale dottrina ammessa dalla chiesa non fu accolta che con grande ripugnanza e disfavore dalle diverse nazioni di Europa, come quella che offendeva i dritti dell'autorità paterna e produceva gravi inconvenienti ed abusi nelle famiglie; onde grandi furono gli sforzi fatti dalla Francia nel concilio di Trento per far prevalere la dottrina contraria, ma riuscirono vani; poichè il concilio confermò il sistema antico, e giunse a minacciare l'anatema contro coloro che sostenevano l'opinione opposta. Allora i legislatori senza

(1) WALLEN, Manuale del dritto ecclesiastico, T II, § 303.



negare efficacia a tali matrimonii ricorsero a mezzi indiretti per impedirli, comminando pene severe, fra cui generalmente la discredazione, contro i figli che passavano a matrimonio senza il consenso dei genitori (1).

La necessità di tale consenso non fu però in generale richiesta che sino ad una certa età: così in Francia era necessario fino a trent'anni pe' maschi ed a venticinque per le femmine, giusta l'editto di Enrico II del 1566 (2); in Olanda fino a venticinque anni pe' maschi e sino a ventuno per le femmine; in Inghilterra sino ai ventuno, così per gli uni come per le altre, e in difetto del padre occorreva il consenso della madre o del tutore, altrimenti il matrimonio era nullo (3). Nella Spagna il consenso paterno era richiesto fino a trent'anni per la figlia maggiore; non era però necessario per la figlia vedova, qualunque fosse la sua età (4).

§ 13. La libertà de' matrimonii, che per dritto comune era generalmente limitata dalla sola condizione del consenso paterno, e per le donne anche di quello de' loro più prossimi parenti, restò intanto per lungo tempo inceppata e manomessa nel-

(1) FORTI, Delle Istituzioni civili. Vol. II, p. 358, 359.

(2) KOENIGSWARTER, Histoire de l'organisation de la famille en France, p. 231.

(3) BLACKSTONE, Commentaires sur les lois anglaises traduits par Chompré, T. II, p. 205.

(4) LABOULAYE, Recherches sur la condition civile et politique des femmes, p. 423.



le classi inferiori della società, cioè nelle persone soggette alla condizione servile o feudale. Infatti ritenevasi costantemente che i servi non potessero contrarre matrimonio senza il consenso dei loro padroni ; onde il matrimonio seguito senza il beneplacito di costoro era considerato nullo, ed alcune leggi accordavano ai padroni un anno di tempo per obbligare i coniugi a separarsi (1). Derivava ciò dall' essere i servi riguardati come bestiame umano, che insieme ai parti doveva appartenere esclusivamente al padrone ; di maniera che non potevano nè essi nè la loro prole per effetto del matrimonio sottrarsi al dominio del proprio padrone e passare sotto quello di un altro. La chiesa, ritenendo il matrimonio un sacramento, cui tutti i cristiani erano indistintamente ammessi, fece de' timidi sforzi per fare approvare i matrimoni contratti dai servi, proclamando ch'essi erano innanzi a Dio così santi come quelli degli uomini liberi ; onde a poco a poco giunse a far prevalere la massima che i matrimoni de'servi dovessero ritenersi validi anche se fossero seguiti alla insaputa o contro il volere de'padroni, e infine il papa Adriano IV stabilì come regola assoluta che in nessun caso i matrimoni da essi contratti potessero sciogliersi o annullarsi per volontà dei padroni (2).

(1) FORTI, V. II p. 255.

(2) DECRET. lib. IV, tit. 9, c. 1.

Il dritto de' padroni d'impedire il matrimonio de' loro servi in appresso si limitò solo ai matrimoni fra persone che appartenevano a diverse tenute servili; onde fu chiamato dritto di *formariage*, *forismaritagium* (1), mentre l'interesse maggiore de' signori era quello di conservare la prole nella stessa loro signoria. A questo fine i proprietari di una signoria facevano sciogliere il matrimonio contratto dai loro coloni con individui appartenenti ad altra signoria, e ritoglievano per forza la prole ai proprii genitori. Quest'uso già invalso ai tempi di Giustiniano fu da lui abolito con la novella 157; ma in Occidente si mantenne per molto tempo, riprovato però altamente da diversi concilii (2).

A conciliare nondimeno il rispetto del nodo coniugale con l'interesse de' padroni, la consuetudine introdusse in Francia, in Alemagna ed in altri paesi l'uso de' matrimoni per cambio. Secondo quest'uso i signori di due diverse tenute si cedevano reciprocamente de' servi di egual valore in sostituzione di quelli che pel matrimonio sarebbero passati dall'una all'altra di esse, per guisa che il numero dei servi di ciascuna non era punto diminuito: così, se un servo sposava una donna appartenente ad altra signoria, il padrone del marito cedeva a quello della moglie un'altra donna in compenso di

(1) DUCANGE, Glossarium, v. Forismaritagium.

(2) DECRET. 2<sup>a</sup> pars, caus. XXIX, quaest. II, c. VIII.

quella di cui la propria signoria si arricchiva. Tali matrimoni per cambio erano soprattutto frequenti tra conventi di uno stesso ordine (1).

Altre volte si soleva stipulare fra i diversi signori la divisione della prole nata dal matrimonio de' loro servi rispettivi; in maniera che il signore, il quale permetteva ad una donna della sua tenuta di sposare un uomo appartenente ad altra tenuta senza ricevere in cambio un'altra donna, si faceva promettere dal signore del servo che metà de' figli da nascere dal matrimonio dovesse appartenere a lui e metà all'altro. Questa divisione della prole non era sempre convenzionale, ma in alcuni paesi era anche obbligatoria, disponendo le leggi o gli statuti che la prole giunta alla pubertà dovesse attribuirsi parte al padrone del ventre e parte al padrone del maschio (2). Essa trovasi stabilita sin dai tempi di Giustiniano, il quale con le novelle 156 e 162 dispose che, se un servo ascrittizio si fosse ammogliato ad una serva ascrittizia, la prole dovesse dividersi in parti eguali, attribuendosi però alla madre il figlio unico e il vantaggio del numero dispari.

§ 14. Per questi usi della divisione della prole e de' matrimoni per cambio si modificò a poco a poco il dritto del *formariage*, trasformandosi la facoltà assoluta del signore di rifiutare il consenso

(1) LABOULAIE pag. 327, 330.

(2) LEG. WISIG. lib. X tit. 1 § 17.

al matrimonio de' propri servi in una prestazione pecuniaria da pagarsi in occasione dei loro matrimoni: così s'introdussero generalmente le tasse dei matrimoni, dette in Francia *maritagium*, nella Scozia *marketa*, in Alemagna *bedemuth* o *bauermiethe* (1), le quali furono in uso in Europa sin dopo il secolo undecimo, e si percepivano dai signori sulle persone servili o semiservili, o anche su' liberi, ma possessori di tenute servili o soggetti alla giurisdizione de' signori (2). Fra queste tasse di matrimoni restò celebre quella denominata pure *marketa*, *culagium* o *cunnaticum*, o anche *jus virginale*, ammessa nella Scozia, in Francia, nel Belgio, in Piemonte (3), in Russia, in Polonia (4) e altrove, la quale rappresentava il dritto del signore feudale di cogliere il fiore della verginità delle sue vassalle le prime notti del loro matrimonio. Quest' osceno dritto del signore parve ne' tempi susseguenti una tradizione favolosa, ma pur troppo la sua esistenza è attestata da pruove che non lasciano alcun dubbio. Le prime tracce di tale abuso della forza e del dispotismo si trovano sin dagli ultimi tempi dell'impero romano (5). Nel medio

(1) EINECCIO, *Elementa juris germanici* lib. 1 §. 46.

(2) FORTI V. II p. 276.

(3) FORTI V. II p. 255.

(4) MACIEIOWSKI T. 1 §. 92—p. 169.

(5) LATTANZIO nel libro *De martir. persecut.* c. 38 parlando dell'imperatore Massimino, dice: — *Postremo hunc jam induxerat morem, ut nemo uxorem sine permissu ejus duceret, ut ipse in*

evo questo dritto obbrobrioso era tanto comune fra i signori feudali, che persino alcuni vescovi lo esercitavano e reclamavano un'indennità per astenersene, come ne fa fede un arresto del parlamento di Parigi del 19 maggio 1409 (1). Spesso

omnibus nuptiis praegustator esset. Ingenuas virgines imminutas servis suis donabat uxores. Mediocrium filias ut cuique libuerat rapiebat. Primariae, quae rapi non poterant, in beneficiis petebantur, nec recusari licebat, subscribente imperatore quin aut pereundum esset aut habendus gener aliquis barbarus.

(1) DUCANGE — V. Marcheta — « Scribit praeterea vir doctissimus Daniel Papebrochius, ad vitam S. Foranni Abbatis Walciodorensis, eam praestationem pro redemptione primae noctis nuptiarum a servis glebae exigi, etiamnum a praediorum dominis in Belgii, Frisiae ac Germaniae aliquot tractibus: ad quam etiam consuetudinem referendum illud videtur quod olim Ambianensis Episcopus in suos diocesanos jus sibi competere asserebat, videlicet ut iis qui noviter nuptias inierant, tribus prioribus noctibus post earum celebrationem una cubare non liceret, nisi certa pecuniae summa ei persoluta; quod quidem (prohibitum Litter. Philippi VI anni 1336 et Caroli VI ann. 1388) tandem penitus abrogatum fuit Abbavillensium petitione. Arresto Parlamenti Parisiensi 19 martii anno 1409 — Obtinuit et in Galliis nostris pessima Marchetae consuetudo sub nomine *cullage* vel *culliage*, ut in hac voce observat D. De Laurière — Singulare autem factum hac de re refert Boerius Decis. 297 num. 17. « Ego vidi in curia Bituricensi coram Metropolitano processum appellationis, in quo rector seu curatus parochialis praetendebat ex consuetudine primam habere carnalem sponsae cognitionem, quae consuetudo fuit annullata, et in emendam condemnatus. Et pariter dici audiui, et pro certo teneri, nonnullos Vasconiae dominos habere facultatem prima nocte nuptiarum suorum subditorum ponendi unam tibiam nudam ad latus neogamae cubantis, aut componendi cum ipsis. » Eandem hanc consuetudinem extitisse apud Pedemontanos quam, *Cazzagio* vocabant testis est Historia Sabaudiae. »



era accompagnato da atti di vassallaggio i più degradanti per la dignità umana: così una sentenza del siniscalcato di Guienna del 18 luglio 1302 diceva: *Maritus ipse femora aperiet, ut dictus dominus primum florem primitiasque delibet facilius* (1). In generale l'uso di questa prestazione immorale è accertato da documenti anche degli ultimi tempi: così fra le innumerevoli tasse e prestazioni feudali, che si percepivano in Napoli dai baroni e che furono abolite con la feudalità nel 1806, figurava eziandio la tassa del *cunnatico* o *dritto del signore* (2).

§ 15. La condizione delle donne libere, ma vassalle, non fu sotto la feudalità molto diversa da quella dei servi, mentre ad esse era vietato di contrarre matrimonio senza il consenso de' signori feudali. In origine tale dritto, non altrimenti che la tutela delle vassalle, derivava dall'esigenze del servizio militare de' feudi; poichè questo sarebbe stato compromesso se il feudo fosse all'insaputa del signore passato nelle mani di persona a lui ignota, nemica o poco accetta, quale avrebbe potuto essere il marito della vassalla erede del feudo; ma poi a questo motivo plausibile si aggiunse un altro dettato unicamente da spirito di speculazione, quello cioè di porre all'incanto la mano di una ricca vassalla per vendere a prezzo d'oro il beneplacito che si accordava pel suo matrimonio. Inoltre le preroga-

(1) MARTIN, Histoire de la femme T. 1 p. 310.

(2) WINSPEARE, Storia degli abusi feudali, nota 154 p. 168.



tive de'signori feudali si spinsero persino a potèrè obbligare le eredi del feudo a maritarsi giunte ad una certa età, ordinariamente a dodici anni, e non soltanto le vergini, ma anche le vedove, ritenendosi che il matrimonio fosse un servizio di corpo, dovuto a ragione del possesso del feudo, come ogni altro servizio feudale. Da quest' obbligo di prender marito erano solo eccettuate le donne pervenute a sessanta anni, come stabilivano le Assisie di Gerusalemme (1). Intanto questo dritto così assurdo di obbligare la vedova al matrimonio pareva tanto inerente al sistema feudale, che l'abolizione di esso fu una delle prime libertà conquistate dagli Inglesi con la *magna charta*! Questa infatti fra le altre disposizioni reca: *Nulla vidua distringatur ad se maritandum dum vivere voluerit sine marito, ita tamen quod securitatem faciat, quod se non maritabit sine assensu nostro si de nobis tenuerit, vel sine assensu domini sui, de quo tenuerit, si de alio tenuerit* (2). Le prepotenze che i re e i signori feudali esercitavano su'matrimonii durarono molto tempo, e se ne hanno esempi anche nei principi più illustri del secolo decimoquinto (3); onde di esse si preoccupò pure il concilio di Trento, il quale rinnovando le antiche sanzioni canoniche, pronunziò l'anatema contro i potenti che con pene e

(1) DUCANGE. V. Maritagii servitium.

(2) CINCIANI, Leges barbaror. T. IV p. 416.

(3) FORTI V. II p. 346.

minacce costringevano i sudditi a contrarre matrimonio o in qualunque modo violavano la libertà delle nozze; ma l'abuso aveva tali radici che i decreti del concilio ebbero a sollevare non lievi opposizioni da parte de' principi e nel concilio stesso (1).

## CAPO II.

### Formalità per la celebrazione del matrimonio.

§ 1. Presso tutti i popoli niun atto della vita è stato accompagnato da maggiori e più svariate solennità quanto la celebrazione delle nozze. La formalità però che si mostra più comune e più importante è la consegna o tradizione della sposa nella casa del marito. Essa doveva considerarsi necessaria a formare il vincolo matrimoniale presso i popoli primitivi e tutti gli altri i quali non veggono nel matrimonio che la compra della donna da parte dell'uomo; mentre è propria di una società in cui la donna si reputa oggetto di compravendita, quella rozzezza di concetti e di forme per la quale non si sa concepire che il compratore possa acquistare il possesso della cosa comprata senza la materiale tradizione della stessa nelle sue mani.

Anche in Roma la maggiore solennità delle nozze era la *deductio in domum mariti*, e se essa materialmente non era necessaria per l'esistenza giu-

(1) SARPI, Storia del Concilio di Trento, Lib. VIII c. 31.

ridica del matrimonio, sembra non pertanto che fosse richiesta almeno come possibile; onde, secondo il giureconsulto Pomponio, la donna assente non poteva divenir moglie per lettera o messaggiero; dappoi- chè in tal caso la tradizione di lei nella casa del marito non avrebbe potuto aver luogo (1). Questa consegna o tradizione della sposa nella casa maritale figura egualmente come la più importante solennità delle nozze presso i Germani, e specialmente presso gli Scandinavi. Così, secondo i *gragas* e le antiche leggi di Norvegia e di Svezia, la consegna della fidanzata allo sposo era, insieme agli sponsali che la precedevano, la condizione essenziale del matrimonio legale; essa doveva farsi pubblicamente alla presenza dello *sponsor* e con l'intervento di sei testimoni almeno (2). Nel medio evo ancora la tradizione o in qualunque modo la presenza della sposa nella casa del marito si reputava in generale una condizione necessaria a stringere i rapporti giuridici fra' coniugi: onde era aforismo comune, che il matrimonio dovesse ritenersi consumato quando la coverta del letto era stesa sopra i due spo-

(1) *Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur. Eam vero quae abesset, ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductionem enim opus esse in mariti, non in uxoris domum; quasi in domicilium matrimonii. Dig. lib. 23, tit. 2, fr. 5.*

(2) D' OLIVECRONA, De la communauté des biens entre époux d'après les lois scandinaves, nella *Revue critique de legisl. et de jurispr.* T. XV, p. 227.

si (1). Di qui la massima ricevuta in Francia: *Femme gagne son douaire à mettre son pied au lit*; alla quale corrispondeva questa del dritto Sassone: *Sie ist seine Genossin, und tritt in sein recht, wenn sie in sein Bett tritt* (2). Gli stessi principii trovansi pure consacrati in alcuni statuti d'Italia (3).

§ 2. Per quanto solenni fossero i riti e le cerimonie che accompagnavano il matrimonio, questo però conservò nell'antichità sempre il carattere di un contratto privato, che, come qualunque altro di vendita, di locazione o di società, poteva celebrarsi senza l'intervento del potere sociale (4). Forma eccezione la legislazione della Cina, dove lo Stato interviene e presiede ai matrimoni, come a tutti gli atti della vita privata; onde per la loro celebrazione occorre l'intervento di pubblici uffi-

(1) GRIMM, p. 440.

(2) EINECCIO, *Elem. jur. germ.* lib. I, § 212, 213. A ciò vuolsi pur riferire l'uso invalso in Germania, secondo cui, nei matrimoni che da' sovrani si celebravano per mezzo di procura, il procuratore doveva in segno della effettuazione del matrimonio mettere un piede nel letto in cui stava la sposa. Eineccio *ib.*

(3) Così negli Statuti di Lucca si legge: « Et se lo sposo menerà la detta donna, fatta la festa delle nozze, dal dì della ditta traduttione, guadagni i frutti, le rendite e l'entrate de' beni di essa donna. E dal dì della ditta festiva e pubblica traduttione, tutti i beni della detta donna s'intendino e siano per autorità del presente Statuto assegnati et dati per dote allo sposo, sia o non sia seguita la copula carnale. » Vedi *De Gubernatis*, Storia comparata degli usi nuziali, a p. 170.

(4) BELINE, *Philosophie du droit*, T. II, p. 77.



ziali, e inoltre vi sono magistrati speciali istituiti per invigilare alla pratica osservanza di tutti i regolamenti e riti concernenti i matrimoni (1). Ma in generale, così in Oriente come in Grecia ed in Roma, le leggi non richiesero punto come nei tempi moderni l'intervento dell'autorità pubblica nella celebrazione del matrimonio, nè adoperarono alcun mezzo per far conoscere alla società l'unione che si stabiliva fra l'uomo e la donna e la qualità ch'essi assumevano di marito e moglie. Solo la consuetudine aveva presso gli Ebrei e i Romani degli ultimi tempi introdotta la costituzione della dote per distinguere il matrimonio dal concubinato. In Roma specialmente, niuna forma o condizione fu imposta come necessaria per la celebrazione del matrimonio, ritenendosi sufficiente il solo reciproco consenso delle parti; e anche dopo la introduzione del cristianesimo il matrimonio poteva celebrarsi senza scrittura, senza intervento di pubblici ufficiali o di ministri della religione, e senza la benedizione del sacerdote, la quale non fu richiesta da nessuno degli'imperatori cristiani. In seguito verso i tempi di Giustiniano s'introdusse più per cautela che per necessità l'uso di far constare del consenso mercè un pubblico istrumento. Giustiniano poi impose l'obbligo della scrittura pei matrimoni delle persone illustri, e per quelle di

(1) MARTIN, *Histoire de la femme*, T. I, p. 11 e 13.

ceto medio prescrisse una solenne dichiarazione in chiesa accompagnata dal giuramento, la quale doveva ridursi in iscritto e sottoscriversi dalle parti, dal difensore della chiesa e da tre ecclesiastici (1); ma l'omissione di questa formalità non rendeva nullo il matrimonio, il quale rimaneva sempre valido pel solo e mutuo consenso de' contraenti (2).

§ 3. Dopo l'irruzione de' barbari, cominciando la chiesa ad estendere la sua influenza su tutti i rapporti sociali, prese specialmente a regolare la materia del matrimonio, considerandolo un sacramento che, al pari degli altri sacramenti, doveva essere amministrato dai ministri della chiesa; onde, nel fine di distinguere un'unione riconosciuta e consacrata dalla religione da qualunque altra unione, i concilii particolari che si tenevano ne' diversi paesi provvidero ad assicurare ai matrimoni una certa pubblicità, e stabilirono delle presunzioni per definire se il consenso da cui risultava l'unione si fosse dato pel matrimonio ovvero pel concubinato. La condizione che i concilii e sul loro esempio anche le leggi civili ritennero più necessaria, come presunzione in favore del matrimonio, si era la costituzione della dote o dotario a favore della donna: onde il concilio tenuto in Arles nell'anno 524 stabiliva: *Nullum sine dote fiat coniugium, nec sine publicis nuptiis quisquam nubere vel uxorem*

(1) Nov. 74 c. 4, 5. Nov. 117 c. 4.

(2) MAYNZ, *Eléments de droit romain*, T. II, p. 475.

*ducere praesumat* (1); e la legge de' Visigoti diceva: *Nuptiarum opus in hoc dinoscitur habere dignitatis nobile decus, si dotalium scripturarum hoc evidenter praecesserit munus. Nam ubi dos nec data est, nec conscripta, quod testimonium esse poterit in hoc coniugio dignitatem futuram* (2)? Così vediamo nel medio evo riprodursi sotto le stesse forme gli usi che gli Ebrei, i Greci e i Romani praticavano nelle stesse condizioni della società. Però è da notare che sino al concilio di Trento non si trova per la celebrazione e validità del matrimonio stabilita dalla chiesa alcuna prescrizione generale, l'inosservanza della quale inducesse la nullità del matrimonio già contratto; mentre invece si ritenne valido ogni matrimonio, purchè in qualunque modo fosse intervenuto il consenso delle parti, nè vi fosse alcun impedimento dirimente (3). Solevansi i matrimoni accompagnare con la benedizione sacerdotale, però più per consuetudine antica de' cristiani che per prescrizione della chiesa; poichè soltanto alcuni concilii espressamente la richiedevano, e sebbene l'inosservanza di essa fosse qualche volta punita di scomunica (4), nondimeno mai fu ritenuta necessaria per la essenza del matrimonio (5),

(1) Decret. 2<sup>a</sup> pars, caus. 30, quaest. V, c. 6.

(2) Lib. 3, tit. 1, § 2.

(3) SCHULTE, Manuale del dritto matrimoniale cattolico, vers. ital. ediz. di Milano 1857, p. 65 e 77.

(4) SCHULTE, p. 76, 78.

(5) WALTER, Manuale del dritto ecclesiastico, T. II, § 298.

ed anzi la chiesa stessa vietava in alcuni casi di impartirla agli sposi, come nelle seconde nozze, nei matrimonii seguiti senza le pubblicazioni e in quelli contratti da chi avea rotta la fede degli sponsali. Neppure l'intervento del sacerdote era prescritto come elemento indispensabile per la celebrazione: infatti, sebbene i concilii stabilissero ordinariamente che la celebrazione dovesse seguire *in facie Ecclesiae*, non sempre però richiedevano la presenza del parroco o di altro sacerdote, tanto che i concilii che facevano divieto ai laici di congiungere alcuno in matrimonio, non pronunziavano per la infrazione di questo divieto la nullità del matrimonio, ma soltanto delle pene contro i trasgressori (1). Il solo consenso quindi era l'unica condizione indispensabile per la celebrazione del matrimonio; ond'è che gli sponsali detti *de praesenti*, cioè quelli concepiti con parole indicanti un tempo presente (*ego te in meam accipio*), e che corrispondevano al matrimonio rato, producevano un matrimonio valido, sebbene fatto in forma di semplice contratto senza l'intervento dell'autorità ecclesiastica (2). Gli sponsali poi *de futuro*, quelli cioè che contenevano una semplice promessa di futuro matrimonio (*ego te in meam accipiam*), si ritenevano generalmente costituire un vero e reale matrimonio, qualora fossero seguiti dalla effettiva coabita-

(1) SCHULTE, p. 75, 79.

(2) SCHULTE, p. 68, FORTI, Delle Istituzioni civili. V. 2, p. 340.

zione coniugale, per la presunzione che questa inducesse l'*affectio maritalis*, il consenso attuale al matrimonio. I matrimoni così contratti senza intervento di sacerdote e di testimoni dicevansi clandestini, e sebbene proibiti e riprovati, non cessavano però di esser validi. Intanto dopo il settimo secolo della chiesa i concilii ed i vescovi, ad assicurare pubblicità ai matrimoni, introdussero l'uso delle denunzie o pubblicazioni da farsi precedentemente innanzi al parroco della comunità. Nei primi tempi quest' uso fu ignoto; dappoichè, essendo maggiori e più frequenti le relazioni tra i fedeli e i curati, e più ristrette le circoscrizioni delle comunità, gl'impedimenti erano facilmente conosciuti nel pubblico (1). Queste prescrizioni della chiesa furono poi confermate o imitate da' principi di Occidente: così Pipino nell'anno 755 stabilì che il matrimonio dovesse celebrarsi pubblicamente: *Ut omnes homines laici publicas nuptias faciant tam nobiles quam ignobiles* (2); e Carlo Magno, rinnovando le stesse sanzioni, e pel primo convertendo in legge l'uso delle denunzie, prescrisse che ogni matrimonio da conchiudersi fosse precedentemente annunziato al parroco, e che questi poi dovesse insieme al popolo della comunità investigare se vi fossero impedimenti od opposizioni (3).

(1) SCHULTE, p. 66.

(2) KOENIGSWARTER, Histoire de l'organisation de la famille en France, p. 173.

(3) Capit. Lib. VII c. 179. Ved. Canciani, T. III, p. 323.



Indi il concilio lateranense quarto nel 1215 elevò a precetto generale nella chiesa latina questa costumanza locale delle denunzie, disponendo che i matrimoni dovessero dai sacerdoti essere annunziati al pubblico nella chiesa, e che prima della celebrazione dovesse scorrere un determinato periodo di tempo entro cui ognuno poteva denunziare gl'impedimenti legali. Questa prescrizione fu ripetuta in tutta Europa e segnatamente in Germania da moltissimi concilii diocesani e provinciali; per modo che dal concilio lateranense in poi l'uso delle denunzie divenne un'istituzione di dritto comune, e l'omissione di esse rendeva clandestino il matrimonio, tuttochè contratto innanzi la chiesa, non altrimenti di quello seguito senz'alcun intervento del sacerdote. Il matrimonio però rimaneva sempre valido; soltanto si puniva l'omissione delle pubblicazioni con la scomunica ed altre pene spirituali (1).

In Oriente fu da Leone il Filosofo nel nono secolo prescritta la benedizione nuziale come condizione essenziale per la validità del matrimonio; ma le denunzie precedenti nella chiesa non furono punto conosciute (2).

§ 4. Il concilio di Trento, nello scopo di assicurare in modo certo il consenso de'contraenti e la pubblicità de' matrimoni, introdusse un'impor-

(1) SCHULTE, p. 69 a 72.

(2) WALTER, T. II § 299.

tante riforma sanzionando che ogni matrimonio dovesse sotto pena di nullità essere celebrato innanzi al parroco proprio di uno de' contraenti e due o tre testimoni. Confermò pure l'uso delle denunzie prescrivendo che alla celebrazione del matrimonio dovessero precedere tre distinte pubblicazioni da farsi in chiesa *inter missarum solemnia* in tre giorni festivi. Però queste pubblicazioni non furono richieste come condizione essenziale per la validità del matrimonio, ma perchè ognuno potesse manifestare gl' impedimenti o far valere le sue opposizioni, e si diminuisse così il numero delle cause di nullità di matrimonio (1). Onde lo stesso concilio permise in alcuni casi ai vescovi di poter dispensare dalle pubblicazioni; il che ordinariamente i vescovi solevano accordare a coloro che vissuti in concubinato intendevano legittimare la loro unione, ma non farla pubblica per rispetto ai pregiudizi sociali. Così s'introdussero i matrimoni detti di coscienza, di cui si occupò la bolla *Satis vobis* di Benedetto XIV del 1761; ad essi però dalle leggi secolari, come per esempio l'ordinanza di Luigi XIII del 1639, furono negati gli effetti civili, e nelle moderne legislazioni non furono generalmente ammessi che in seguito di grazia sovrana (2). Stabili inoltre il concilio di Trento che i parrochi dovessero registrare l'atto

(1) Sess. XXIV cap. 1.

(2) FORTI, V. 2, p. 343.

di matrimonio in appositi libri da custodirsi diligentemente nelle parrocchie, onde per tal modo fosse in avvenire assicurata la pruova della seguita celebrazione (1). Le prescrizioni del concilio di Trento divennero leggi dello Stato in tutti i paesi in cui il concilio stesso fu ricevuto, come in Italia, nella Spagna e in Francia. Però in questa ultima non furono sanzionate che con l'ordinanza di Blois del 1579, la quale, emanata in mezzo alle guerre di religione, trovò molte opposizioni nei parlamenti, e fu poi per quanto concerneva i protestanti abolita con l'editto di Nantes del 1598; ma, rievocato poscia l'editto da Luigi XIV, furono anche pe' protestanti prescritte le disposizioni del concilio di Trento, e il matrimonio, tanto pe' cattolici quanto pe' protestanti, non ritornò nel demanio del dritto civile che con la rivoluzione del 1789 (2).

§ 5. Seguendo l'esempio del dritto canonico anche le legislazioni dei paesi protestanti stabilirono regole fisse per assicurare la pubblicità dell'unione matrimoniale. Il matrimonio cessò per conseguenza di riguardarsi un semplice contratto privato, ma divenne generalmente un atto pubblico e solenne in cui doveva intervenire direttamente la società; e, mentre per lo innanzi non era nei paesi protestanti che un contratto civile, venne poi ad acquistare in essi come ne' paesi cattolici

(1) Sess. XXIV cap. 1.

(2) KOENIGSWARTER, p. 203.

il carattere di un atto religioso da compiersi innanzi l'autorità ecclesiastica. Infatti le legislazioni de'paesi protestanti nel determinare le forme della celebrazione del matrimonio non fecero che imitare quelle prescritte dal concilio di Trento, rivestendo i ministri del proprio culto di quelle stesse attribuzioni che il concilio aveva in materia matrimoniale conferito ai parrochi cattolici. Così in Germania i regolamenti de'protestanti prescrissero l'obbligo delle denunzie e la congiunzione sacerdotale innanzi al proprio pastore ecclesiastico (1); e in Inghilterra la chiesa anglicana stabilì doversi il matrimonio celebrare in una chiesa parrocchiale innanzi a persona costituita negli ordini e in seguito delle relative pubblicazioni in chiesa o di un'autorizzazione del giudice ecclesiastico (2).

Lo stesso cambiamento si verificò nella legislazione de'popoli slavi. Da principio, e anche molto tempo dopo l'introduzione del cristianesimo, il matrimonio secondo le antiche consuetudini nazionali si soleva celebrare senza l'intervento della chiesa: però la celebrazione di esso non si abbandonava al mero arbitrio delle parti, ma era regolata dall'intervento della società; dappoichè le nozze, come disponeva il dritto della Serbia seguito in Polonia e in altri paesi slavi, dovevano celebrarsi innanzi al giudice, e la legge disponeva che il giu-

(1) WALTER, T. II, § 299.

(2) BLACKSTONE, Comm. T. II, p. 210.

dice convinto di corruzione dovesse non solo pagare un'ammenda, ma perdere il dritto di sanzionare il matrimonio dei cittadini. Anche quando venne in uso la celebrazione innanzi la chiesa, si mantenne insieme ad essa e fu prevalente la consuetudine de'matrimonii civili, tanto che, sino alla fine del secolo duodecimo, nella Russia solo i boiardi e i principi solevano ricorrere alla chiesa per la celebrazione del matrimonio. Inoltre si stringevano le nozze nei gradi proibiti dalla chiesa e anche fra persone legate da voti religiosi : così i principi di Polonia e di Russia si sposavano a preferenza con le canonichesse , e in Pomerania ciò si praticava anche dai privati (1). In appresso però, cioè dopo il secolo decimoquarto, invalsero principii al tutto opposti; poichè le leggi prescrissero generalmente per la conclusione del matrimonio l'adempimento delle forme religiose; per modo che in Polonia come in Russia e in Lituania caddero in desuetudine i matrimonii civili e non furono riconosciuti legittimi che i matrimonii consacrati dalla chiesa; onde la moglie e i figli di un matrimonio celebrato senza l'intervento dell'autorità ecclesiastica si consideravano illegittimi e perciò erano esclusi da qualunque dritto ai beni del marito e de'genitori (2). Anche attualmente in Russia il matrimonio è un contratto esclusivamen-

(1) MACIEIOWSKI, T. II, § 194, 195.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV, § 267 a 270.



te religioso, che deve celebrarsi nella chiesa del comune e mediante le pubblicazioni in tre giorni festivi; l'autorità ecclesiastica è la sola competente a conoscere di tutte le cause matrimoniali (1).

Fra le legislazioni di Europa solo in quella dei Paesi Bassi il matrimonio per le leggi del 1594 fu riguardato un contratto essenzialmente civile, che non si reputava valido se non fosse stato celebrato innanzi all'autorità secolare; mentre quello celebrato innanzi la chiesa con la benedizione del sacerdote non produceva alcun effetto giuridico nè per la moglie nè pe' figli (2).

§ 6. Dopo la rivoluzione francese la potestà civile cominciò dovunque a rivendicare i suoi dritti nella materia del matrimonio. In molte legislazioni fu esso ritenuto un contratto esclusivamente civile, come in Francia, nel Belgio, in Haiti, nella Louisiana (3); e questo principio è quello che tende generalmente a prevalere nelle legislazioni più recenti, come nel codice civile italiano e in Austria. Nella maggior parte de' paesi però fu tuttavia riconosciuto anche l'elemento religioso, e il matrimonio si riguardò ad un tempo contratto religioso e civile (4). In Inghilterra si considera separatamente tanto sotto l'uno quanto sotto l'altro rapporto, poichè può

(1) De S. Joseph, T. III, p. 281, 282.

(2) WALTER, T. II, § 299. MACIEIOWSKI, T. IV, § 267.

(3) De S. Joseph, T. I, Introdutt. p. XIV.

(4) De S. Joseph, T. I, Introdutt. p. XIV.

esser celebrato o con la forma religiosa o con la forma civile o con entrambe insieme (1).

Tutte le legislazioni de'tempi moderni si accordano generalmente nel ritenere il matrimonio un contratto pubblico, che debb'essere preceduto dalle denunzie o pubblicazioni e celebrato innanzi ad un funzionario pubblico, sia il parroco, sia l'uffiziale dello stato civile, che nella maggior parte de'paesi è stato sostituito al parroco, come alle pubblicazioni in chiesa sono state sostituite quelle nella casa comunale.

§ 7. Sonovì nondimeno alcuni paesi in cui il matrimonio si considera tuttora un contratto privato, per la cui celebrazione non si richiede altra forma che l'accertamento del consenso senza che occorra alcuna pubblicità. Così nella Scozia sussiste tuttavia la distinzione antica fra matrimoni *per verba de praesenti*, che diconsi regolari, e sponsali o matrimoni *per verba de futuro*: questi ultimi, che diconsi irregolari, divengono effettivi matrimoni per la susseguente coabitazione, com'era secondo l'antica pratica della chiesa; e perciò non fa d'uopo che sieno preceduti da pubblicazioni o celebrati innanzi ad un ministro del culto: basta che i due contraenti compariscano innanzi ad un magistrato o ad una persona che assuma la qualità di ministro del culto o innanzi a due testimoni, e dichiarino la loro volontà di prendersi in marito

(1) WESTOBY, *Resumé de la législation anglaise*, p. 87.

e moglie: può anche essere sufficiente una dichiarazione scritta fatta dalle parti (1). Per profittare di questa legislazione così semplice e comoda, quelli che vogliono contrarre un matrimonio che con le ordinarie formalità sarebbe loro interdetto in Inghilterra, cercano a tal uopo di raggiungere *Gretna-Green*, ch'è il primo villaggio della frontiera della Scozia: onde la denominazione de' matrimoni di *Gretna-Green* (2).

Negli Stati Uniti d'America la legge non richiede parimente alcuna forma o condizione per la celebrazione del matrimonio: può esso celebrarsi innanzi ad un giudice di paese o ad un ministro del culto qualunque siasi, senza bisogno di pubblicazioni, di testimoni o di firma delle parti, e in qualunque luogo e tempo, anche in ferrovia durante la corsa di un convoglio (3).

### CAPO III.

#### **Poligamia, Monogamia, Poliandria, Concubinato.**

§ 1. La poligamia o l'unione simultanea di un uomo con più donne fu una consuetudine universale praticata da tutti i popoli antichi. L'origine e la spiegazione di essa possono ravvisarsi nel con-

(1) WESTOBY, p. 89.

(2) BELIME, T. II, p. 79.

(3) CARLIER, Du mariage aux États-Unis, p. 69, 72.

corso di più cause differenti, come l'influenza di un clima caldo, la sproporzione di numero tra i due sessi, il bisogno di una numerosa prole tanto sentito dall'antichità, il concetto stesso che i popoli antichi si formavano della donna considerandola per l'uomo una proprietà come qualunque altra, per modo che egli al pari di più schiavi o di più terre potesse acquistare e possedere più mogli. Pure, anche presso i popoli e nelle legislazioni dove la pluralità delle mogli era generalmente ammessa, si manifesta il predominio di un principio monogamo come l'espressione più perfetta dell'unione de' sessi; imperocchè la storia mostra che, fra più donne cui un uomo poteva associarsi, una soltanto per lo più si riguardava la vera compagna di tutta la vita e vera moglie legittima. Ciò si spiega per l'indole stessa dell'unione matrimoniale, la quale anche in mezzo alla poligamia suppone almeno l'intenzione di un'associazione stabile e perenne tra l'uomo e la donna; onde era conforme alla natura delle cose che la donna prescelta dall'uomo a compagna della sua esistenza fosse, nella condizione giuridica e ne' rapporti con la famiglia e con la società, distinta dalle altre donne conviventi con lui per un'unione passeggera e precaria.

§ 2. Percorrendo la storia delle diverse legislazioni si trova dovunque e generalmente stabilita siffatta distinzione tra la vera moglie e le concubine. Così nell'India, secondo il codice di Manù

niuno, all'infuori del sovrano, può avere più di una sola moglie legittima; tutte le altre donne non si ritengono che per concubine (1): è reputata moglie legittima la donna ch'è legalmente sposata pel compimento de' doveri religiosi (2). Manù riconosce il principio monogamo quando proclama che perfetto è l'uomo che si compone di tre persone congiunte, la moglie, suo figlio ed egli stesso; onde la sentenza de' bramini che l'uomo forma con sua moglie un'unica persona (3). In Cina la legge distingue la vera compagna del marito, cioè la moglie principale, da tutte le altre donne con cui egli può associarsi, le quali non sono riguardate che per concubine o mogli secondarie. È vietato sotto pena del bambù di avere ad un tempo due mogli principali: le mogli secondarie hanno pure un carattere legittimo e si considerano uguali tra loro; ma la loro condizione giuridica nella famiglia è inferiore a quella della moglie principale, e perciò debbono rimanere sotto la direzione e dipendenza di costei, la quale si reputa legalmente la madre dei figli con esse procreati (4).

Presso gli Ebrei la poligamia era pure riconosciuta, mentre, eccetto al gran pontefice cui non era consentita che la sola moglie, Mosè permise a tutti

(1) MARTIN, *Histoire de la femme*, T. I, p. 151.

(2) ESCBACH, *Introduction génér. à l'étude du Droit*, p. 593.

(3) Manù, Lib. IX, § 45.

(4) MARTIN, T. I, p. 22, 23.



gl'Israeliti di avere più concubine insieme ad una moglie, ammettendo così anche il predominio del principio monogamo; poichè le concubine erano di grado inferiore alla moglie, non partecipavano nè alla dignità nè a'dritti di lei, ed erano sposate senza dote e senza le ordinarie solennità delle nozze (1). La Scrittura dice che Davide ebbe otto mogli, e Salomone settecento mogli e trecento concubine (2); ma da questi esempi dei re non si può dedurre che fosse generalmente permesso di avere più mogli legittime; poichè, così presso gli Ebrei come presso gli altri popoli, le famiglie dei re, sia per la necessità della perpetuazione delle dinastie, sia perchè si credeva lecito per esse ciò ch'era vietato per gli altri, fecero sempre eccezione al principio della unicità della moglie, consentendosi loro di tenere ad un tempo più mogli e più concubine, mentre ai sudditi non era concessa che una sola moglie oltre le concubine, e spesso soltanto la moglie. In seguito i rabbini limitarono la poligamia presso gli Ebrei, fissando a quattro il numero delle concubine che un israelita poteva tenere oltre la moglie (3). Anche presso gli Assiri e i Babilonesi, fra cui la poligamia non aveva alcun limite, una donna soltanto era ritenuta come moglie legittima, e come tale erano a lei sottoposte le al-

(1) TONASIO, Dissert. De Concubinato, § 3 <sup>o</sup> <sup>o</sup>

(2) Lib. III Regum, XI, 3.

(3) ESCRACH, p. 564

tre donne ossia le concubine; la leggenda di Sardanapalo mostra questo re al momento di morire stendersi sopra un letto con la moglie, mentre sopra altri passavano le sue concubine (1).

Nella Persia secondo la dottrina di Zoroastro era più che in qualunque altra legislazione di Oriente consacrato il principio della monogamia: lo zendavesta non permette all'uomo di togliere una seconda moglie che solo per eccezione nel caso di sterilità della prima (2); ma in appresso, corrottasi la dottrina di Zoroastro, invalse dovunque e divenne generale l'uso della poligamia (3). Presso i Medi poi la poligamia era non solo permessa, ma comandata dalla legge: i re dovevano avere almeno cinque mogli, e i sudditi sull'esempio dei re ne avevano un egual numero; la qual cosa era così conforme ai costumi, che le donne, al dir di Strabone, reputavano una sventura appartenere ad uomo che avesse meno di cinque mogli (4).

In Egitto la poligamia era permessa, secondo Diodoro, eccetto pe' sacerdoti, con obbligo però di alimentare tutti i figli (5). Erodoto per l'opposto dice che gli Egiziani non solevano avere che una sola moglie al pari de' Greci (6): certo è che presso gli

(1) MARTIN, T. I, p. 315.

(2) MARTIN, T. I, p. 284.

(3) PASTORET, V. 2, p. 553.

(4) STRABONE, Lib. XI, c. 18.

(5) Lib. I, sez. 2, c. 12.

(6) Lib. 2, § 92.

Egiziani esisteva, come altrove, l'uso delle concubine; di modo che quanto afferma Erodoto o debbe riferirsi soltanto all'uso e non alla legge, o non può ammettersi se non nel senso che oltre le concubine non si potesse avere che una sola moglie legittima; tanto più ove si consideri che secondo gli Egiziani i figli, da qualunque donna nati, si reputavano tutti legittimi, e perciò il principio della monogamia assoluta sarebbe rimasto senza importanza giuridica.

§ 3. La legislazione del Corano, com'è noto, permette la poligamia, ma con alcune restrizioni; dappoichè, secondo le parole precise di Maometto (1), ad un uomo non è lecito di avere più di quattro donne, sia mogli, sia concubine: però questo precetto del profeta non fu seguito dai maomettani, presso i quali invalse per l'opposto l'uso di avere anche più di quattro mogli legittime ed inoltre tante concubine quante se ne possano mantenere (2).

§ 4. Nella Grecia e specialmente in Atene il matrimonio si mantenne in generale nei confini della monogamia: però allato e contemporaneamente alla moglie l'uomo poteva tenere delle concubine, essendo il concubinato un'istituzione riconosciuta dalla legge e protetta a tal punto che era permesso ad un Ateniese di uccidere il complice della sua con-

(1) CORANO, Cap. IV, § 3.

(2) Livres sacrés de l'Orient par PAUTHIER, p. 517.

cubina, come se si trattasse di un vero adulterio. Così Socrate, mentre aveva moglie, tolse un'altra donna come concubina; poichè sarebbe errore, nota Esbach, credere che fosse una seconda moglie (1). Pastoret però ritiene il contrario, e pensa che la legge ateniese permettesse la bigamia e vietava soltanto di avere tre mogli (2). Dalle concubine (παλλακαί) distinguevansi le cortigiane (εταίραι), le quali erano mantenute fuori della famiglia. Queste ordinariamente erano le donne che più si distinguevano per l'avvenenza delle forme e i pregi dello spirito; esse accoglievano artisti, filosofi, oratori, poeti, politici, gli uomini più distinti ed illustri della società, e furono le sole donne che si acquistarono qualche celebrità nella storia di Atene. La più rinomata fra tutte le cortigiane greche fu la celebre Aspasia di Mileto, la quale destò un entusiasmo intorno a sè e giunse ad affascinare i più grandi genii della Grecia, Alcibiade, Pericle e Socrate stesso (3).

A Sparta secondo la legislazione di Licurgo non era propriamente permessa la poligamia, essendo per principio interdetta la pluralità delle mogli; si faceva eccezione solo pe' re quando la sterilità di una sposa facesse temere l'estinzione di uno de' due rami della famiglia degli Eraclidi, cui era

(1) ESCBACH, p. 570.

(2) PASTORET, V. 2, p. 90.

(3) MARTIN, T. 2, p. 52, 53.

riservata la successione al trono (1). Ma d'altra parte questo divieto non era di alcun impedimento ai bisogni della procreazione; poichè la legge dava facoltà all'uomo, la cui moglie fosse sterile o per la quale egli avesse ripugnanza, di torre a prestito la moglie di un altro cittadino, la quale avesse dato pruova di felice fecondità; ed inoltre, a colui che si riconosceva inabile ad aver de' figli, permetteva di scegliere un uomo prestante per età e vigoria e farsi dallo stesso sostituire presso la propria moglie (2). Tali usi erano così naturali a Sparta, che, come osserva Montesquieu, una delle principali pene cui potevano soggiacere gli Spartani, fu quella di non poter prestare la propria moglie nè ricevere quella di un altro (3). Con tali mezzi Licurgo credeva conciliare la severità de' costumi nelle relazioni dei sessi con l'interesse della patria, che reclamava imperiosamente de' figli atti a difenderla: infatti mentre autorizzò a questo fine un adulterio legale, vietò poi e punì severamente l'adulterio clandestino derivante unicamente da spirito di voluttà (4).

L'esistenza della poligamia è attestata pure dalla storia presso i Cartaginesi (5), i Macedoni (6), i

(1) PASTORET, V. I, p. 748.

(2) PLUTARCO, Vita di Licurgo.

(3) Esprit des Lois, Lib. VI, c. 9.

(4) MARTIN, T. 2, p. 23.

(5) PASTORET, V. 2, p. 626.

(6) JUSTINUS, Lib. IX, c. VIII.



Siciliani (1), come in generale presso tutt'i popoli antichi. Solo i Romani, a differenza di tutti gli altri popoli, osservarono costantemente fin dalla loro origine la monogomia, non essendo presso di essi mai consentito nè dalle leggi, nè dai costumi, di togliere che una sola moglie, nè di avere, come in Grecia, moglie e concubina ad un tempo. Vero è che Giulio Cesare ebbe in mente di concedere ai Romani il dritto di avere più mogli; ma la legge, ch'egli all'uopo proponeva e comunicò al tribuno Elio Cinna, non fu mai promulgata, nè ebbe alcuna sanzione (2).

§ 5. Presso gli antichi popoli settentrionali il matrimonio poggiava principalmente sulla monogomia. Tacito dice de' Germani ch'essi erano i soli fra tutti i popoli barbari che si contentassero di una sola moglie, ad eccezione di pochi, *qui non libidine, sed ob nobilitatem plurimis nuptiis ambiuntur* (3). Ma nelle altre regioni e specialmente presso i grandi e capi di tribù la poligamia non era ignota, come nella Gran Bretagna (4), presso i Galli a quanto si rileva da Cesare (5), e presso gli Sciti e i Mon-

(1) Dionisio sposò due mogli nello stesso giorno. ELIANO, Lib. 13, c. 10.

(2) SVETONIO, Julius Caesar: — « Helvius Cinna tribunus plebis  
« plerisque confessus est, habuisse se scriptam paratamque legem,  
« quam Caesar ferre jussisset quum ipse abesset, uti uxores, libe-  
« rorum quaerendorum causa, quas et quot vellet ducere liceret. »

(3) De morib. Germ. c. 17.

(4) CESARE, De bello gallico, lib. V, c. 14.

(5) CESARE, De bel. gall. lib. VI, c. 19.

golli. Questi due ultimi però al pari degli antichi popoli orientali ammettevano la preminenza di una moglie legittima o principale sulle altre; e moglie legittima si riteneva, secondo riferisce Marco Polo, quella che si era sposata la prima (1).

Fra le popolazioni di Europa, dopo la introduzione del cristianesimo non fu in generale praticata che la monogamia, ma l'uso della poligamia si mantenne a lungo nelle famiglie sovrane quando già da gran tempo era cessato nel popolo. N'è pruova l'esempio dei re merovingi e carolingi in Francia e dei re slavi, i quali avevano ad un tempo moglie legittima e concubine e spesso ancora più mogli legittime. Così Chilperico avea più mogli quando contrasse nozze con Galvinda figlia del re de' Visigoti, Pipino oltre più concubine ebbe tre mogli (2), e Carlomagno stesso, modello dell'età sua, ebbe due mogli legittime, Ildegarda e Fastrada, e sei concubine (3). Di Vladimiro, che regnò in Russia dal 980 al 988, riferiscono gli storici aver egli avuto cinque mogli principali e più centinaia di concubine in diversi villaggi (4). Queste concubine o mogli secondarie dei re slavi erano dalle antiche cronache denominate ora *pellices* o *concubinae* ed ora *uxores* (5).

(1) MARTIN, T. 2, p. 284, 285.

(2) EINECCIO, Elem. jur. germ. lib. 1, § 206.

(3) KOENIGSWARTER, Histoire de l'organ. de la famille en France, p. 68 note 2.

(4) EWERS, Das aelteste recht der Russen, p. 105.

(5) MACIEIOWSKI, T II, § 191.

§ 6. Se la poligamia si appalesa nella storia una consuetudine universale dell'umanità, la poliandria poi, ossia l'unione di una donna con più uomini, si trova come un'eccezione soltanto presso alcuni popoli. Narrano intorno agli Sciti gli storici greci, fra cui Strabone, ch'essi avevano tutto in comune, le donne come i figli, per modo che le donne appartenevano promiscuamente a tutti gli uomini della famiglia, e così la moglie di un fratello era comune a tutti gli altri fratelli (1). Secondo Erodoto ciò non era praticato da tutti i popoli sciti, ma soltanto dai Messageti, popoli stabiliti al di là del mar Caspio (2). Lo stesso, secondo Strabone, praticavano alcune tribù dell'Arabia Felice, fra cui le famiglie non avevano che una sola donna comune a tutti i fratelli, e tutti si consideravano padri dei figliuoli da essa dati in luce (3). Presso i Liburni o Libirni, popoli della Croazia, gli uomini avevano egualmente in comune le donne; i figli erano alimentati dal pubblico sino a cinque anni; al sesto anno poi ciascuno di essi era attribuito a quello degli uomini a cui più si rassomigliava, il quale lo riceveva e lo considerava come proprio figlio (4). La promiscuità delle donne

(1) STRABONE, Lib. VII, cap. 2.

(2) ERODOTO, Lib. I, § 216.

(3) Libro XVI, cap. 4.

(4) STOBEO, Frammenti della Storia universale di Nicola Damasceno: *Libirni*.

esisteva pure presso gli antichi Britanni, i quali, secondo Cesare, vivevano divisi in famiglie di dieci a dodici persone, nelle quali i padri, i figli e i fratelli avevano comuni le mogli senza alcuna distinzione; i figli si reputavano appartenere a chi fra' membri della famiglia era stato il primo ad avere relazione con la madre (1). Presso alcune tribù dell' Islanda la promiscuità era più compiuta ancora: i figli appartenevano alla famiglia intera, non si riconoscevano nè padri, nè mariti; in altri termini non v'era idea di matrimonio (2). La poliandria esisteva pure nell'India, ed anche attualmente è praticata nel Decan (3), come eziandio fra gli abitanti del Butan ed in alcune tribù del Malabar, ove una sola donna è moglie di più fratelli (4).

§ 7. Presso i popoli orientali il concubinato non era che una forma ed una conseguenza della poligamia: esso sussisteva allato al matrimonio, potendo l'uomo avere contemporaneamente moglie e concubine. Lo stesso, come abbiain veduto, era pure in Atene. In Roma per contrario l'esistenza del matrimonio escludeva la possibilità giuridica di

(1) CESARE, *De bello gallico*, Lib. V, c. XIV. *Uxores habent deni duodenique inter se communes, et maxime fratres cum fratribus parentesque cum liberis; sed si qui sunt ex his nati, eorum habentur liberi quo primum virgo quaeque deducta est.*

(2) MARTIN, T. 2, p. 178.

(3) MARTIN, T. 1, p. 189.

(4) DE GUBERNATIS, *Storia comparata degli usi nuziali in Italia*, p. 75.

qualunque unione con altra donna che non fosse la propria moglie, non essendosi mai fatta eccezione al principio monogamo nelle relazioni de' due sessi. Inoltre qualunque commercio fuori matrimonio, anche quando non costituiva lo stupro, l'incesto o l'adulterio, era considerato illecito e poco conveniente; così le donne che si univano ad un uomo ammogliato (*pellices*), come le concubine che l'uomo non legato in matrimonio teneva presso di sé in luogo di moglie, erano nella pubblica opinione avute nello stesso concetto sfavorevole, e la condizione delle une non differiva da quella delle altre (1). Tuttavia il commercio costante di un uomo libero con un'affrancata o con la propria schiava non si credeva riprovevole, avendosi riguardo alla possibilità di un'affezione duratura verso persone cui era dalle leggi vietato il matrimonio (2).

Le leggi Giulia e Papia Poppea vennero poi in certo modo ad accrescere la frequenza di siffatte unioni; dappoichè per la disparità della condizione sociale vietarono a una certa classe di persone la facoltà di contrarre matrimonio. Così ai senatori e loro discendenti fu proibito il matrimonio con le affrancate e le attrici; agl'ingenui lo fu con le attrici, con le donne di oscuri natali o di cattiva fama e con quelle sorprese in flagrante a adulterio

(1) EINECCIO, Ad Leg. Jul. et Pap. Lib. 2, c. IV.

(2) WALTER, Storia del Dritto di Roma, V. 2, § 506.



o condannate in giudizio criminale (1). Intanto sotto Augusto, collo scopo di dare possibilità di vita legale a tali persone, cui era interdetto il matrimonio, fu, sotto il nome di concubinato, riconosciuta al tutto lecita e legittima l'unione con le stesse, permettendosi di poter tenere come concubine quelle che giusta le leggi Giulia e Papia Poppea non si potevano avere come mogli (2); onde le unioni che prima erano reputate poco oneste non ebbero più questo significato, *quia concubinatus nomen per legem adsumsit* (3), e le donne che senza esser mogli convivevano con altri non furono più chiamate *pellices*, ma *concubinae* (4).

Il concubinato era perciò l'unione legittima di un uomo celibe con una donna di condizione disuguale, con la quale non era possibile il matrimonio: potrebbe in certo modo rassomigliarsi al matrimonio morganatico de' tempi moderni. Del resto anche le donne ingenuae ed oneste potevano aversi come concubine, ma bisognava che l'intenzione di

(1) WALTER, V. 2, § 494.

(2) Quas personas per hanc legem uxores habere non licet, eas concubinas habere jus esto. Ingenuam honestam in concubinato habere jus ne esto. Framm. di Ulpiano citato da Eneccio, ad leg. Jul. et Pap. L. 1, c. 5. *de concubinato*.

(3) Dig. Lib. 25, tit. 7, fr. 3.

(4) Libro memorialium Massurius scribit, *pellicem* apud antiquos eam habitam quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam tunc vero nomine *amicam*, paulo honestiore *concubinam* appellari. Dig. fr. 144, *de verb. signif.*

tale unione risultasse da una dichiarazione formale; poichè in contrario il commercio con donna ingenua ed onesta si sarebbe ritenuto uno stupro (1). Per l'opposto l'unione fra persone di condizione disuguale faceva presumere il concubinato, salvo la pruova contraria (2). Il concubinató era pertanto un'unione così esclusiva come il matrimonio, non essendo permesso avere ad un tempo la moglie e la concubina, nè più di una sola concubina. Quanto alle solennità esterne non differiva punto dal matrimonio, e se ne distingueva unicamente per l'intenzione delle parti, *affectio maritalis* (3): di modo che spesso era dubbio il discernere lo stato dell'unione matrimoniale da quello del concubinato; onde si ricorreva a presunzioni, delle quali la più comune era la costituzione della dote, la cui mancanza faceva ritenere la donna come concubina e non come moglie. Ne' rapporti giuridici il concubinato differiva però in molti punti dal matrimonio: così la concubina non partecipava alla dignità

(1) In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua, et maxime ea quae obscuro loco nata est, vel quaestum corpore fecit: alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit sine testatione hoc manifestum faciente, non conceditur; sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem, stuprum cum ea committere. Dig. Lib. 25, tit. 7, fr. 3.

(2) Nella leg. 3, Cod. lib. 5, tit. 27, il concubinato è anche qualificato *coniugium inaequale*.

(3) Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur. PAUL. Sent. Lib. 2, tit. 20.

del suo compagno; per essa non v'era nè dote, nè donazione a causa di nozze, nè divieto di donazione, come fra coniugi; lo scioglimento del concubinato non aveva carattere di divorzio; e i figli che nascevano da tale unione erano nel principio reputati illegittimi al pari di tutti gli altri nati fuori matrimonio (1).

§ 8. Il concubinato si mantenne come istituzione giuridica nel dritto romano sin dopo i tempi di Giustiniano, e, sebbene non favorito, fu tuttavia riconosciuto dalle leggi degli imperatori cristiani. Vuolsi che Aureliano lo avesse vietato riguardo alle donne ingenuae (2), ma sembra che tale divieto fosse rimasto senza alcun effetto (3); nè fu menomamente abolito da Costantino; poichè questi, come poi stabilì pure Giustiniano, proibì soltanto di tenere la concubina mentre durava il matrimonio: *Nemini, egli dice, licentiam concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere* (4).

La Chiesa per molto tempo riconobbe pienamente lecito il concubinato come ogni unione fra l'uomo e la donna, purchè fosse unica e perpetua; ed infatti il concubinato, quando era praticato da chi non aveva moglie, nulla avea che fosse contrario

(1) MAYNZ, *Elém. de droit romain*, T. 2, p. 527 e seg.

(2) *Concubinas ingenuas haberi vetuit.*— VOPISCUS, *Aurelianus* c. 49.

(3) MAYNZ, T. 2, p. 530.

(4) Cod. Lib. V, Tit. 26 — GIANNONE *Opere postume*, Vol. I, *Del concubinato de' Romani*, p. 315.

al principio monogamo cui s'informava il cristianesimo. Onde il concilio di Toledo tenuto nell'anno 400, mentre vietò di tenere ad un tempo *uxorem et concubinam*, permise di poter vivere con una donna, sia in matrimonio sia in concubinato: *Si quis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non communicet. Ceterum qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur: tantum ut unius mulieris, aut uxoris aut concubinae, ut ei placuerit, sit coniunctione contentus* (1). Una decisione identica a questa del concilio di Toledo fu resa nel concilio di Magonza l'anno 815 (2).

§ 9. L'uso del concubinato così riconosciuto o almeno pienamente tollerato dalla Chiesa, era poi generale presso tutte le nazioni di Europa e in tutte le classi della società, mentre dovunque si ammetteva la distinzione tra la moglie legittima e la concubina. In vero le leggi e i capitolari dei re Franchi (3) permettevano a chiunque non fosse

(1) GRATIANI, Decret. Pars I, distinct. 34, c. 4.

(2) KOENIGSWARTER, op. cit. p. 175, nota 2. Queste disposizioni erano conformi alla dottrina d'Isidoro vescovo di Siviglia, il quale così si esprime:—« Christiano, non dicam plurimas, sed nec duas simul habere licitum est, nisi unam tantum aut uxorem, aut certe loco uxoris, si coniux deest, concubinam. » GRAT. Decr. Pars I, distinct. 34, c. 5.

(3) Nulli liceat in uno tempore duas habere uxores vel uxorem et concubinam. Lib. II tit. 13 c. 7. Leg. Langobard.

Qui uxorem habet, eo tempore concubinam habere non potest, ne ab uxore eum dilectio separet concubinae. Cap. C.M. 336. V. Carciani T. III, p. 340.

ammogliato di tenere la concubina in luogo della moglie, e Cuiacio riferisce che anche ai suoi tempi il concubinato era un'istituzione in uso presso i Guasconi ed altri popoli vicino ai Pirenei (1). Lo stesso era nella Spagna: i *fueros* del regno di Castiglia, oltre le due forme di matrimonio legittimo, *matrimonio velado* e *matrimonio a juras*, riconoscono il concubinato, *barragania*, che reputavasi un contratto a vita e denominavasi *carta de mancebia et compañeria* (2). Nella Sardegna del pari il concubinato costituiva un rapporto ordinario e giuridico fra l'uomo e la donna come nella Spagna: la concubina (*santi de lettu*) si distingueva fra l'altro dalla moglie in ciò che non poteva portar via alcuna cosa dalla casa, altrimenti era trattata come ladra (3). Nel dritto scandinavo si distingueva egualmente la concubina, *frilla*, *fridla*, *slokefrid*, *ancilla*, favorita, dalla moglie legittima, *husfroya*; la concubina, che avesse vissuto tre inverni pubblicamente con un uomo partecipando con lui il talamo e la mensa, si reputava sua moglie legittima (4). E vuolsi notare che gli Scandinavi a differenza de' Germani ammettevano il concubinato

(1) Ad tit. 26. Lib. V. Cod.

(2) MORILLOT, Condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge nella *Revue historique de droit franç. et étrang.* T. XII, p. 543.

(3) GANS, Dritto di successione nella stor. ital. traduz. di A. Turchiarulo, p. 125.

(4) GRIMM, p. 438, 439.



contemporaneamente al matrimonio; poichè spesso si trova fra essi la concubina allato alla moglie legittima, allo stesso modo delle concubine degli Ebrei de' tempi patriarcali; la concubina però era in una condizione subalterna, non esercitava alcun'autorità nella casa, era la serva piuttosto che la rivale della sposa legittima (1).

Gli Slavi fin dai tempi più antichi riconoscevano similmente il concubinato come un' istituzione legale, ammettendo la distinzione tra la moglie legittima e la concubina o schiava, e sembra che l'uso delle concubine fosse molto comune fra essi; mentre le abitudini poligame presso i popoli slavi e specialmente presso quelli della Pomerania e dell'Elba si conservarono molto tempo dopo l'introduzione del cristianesimo. Però alcuni autori, come Macieiowski, sostengono che presso gli Slavi della Polonia e della Russia non vi erano che i soli re i quali si permettessero di tenere ad un tempo moglie e concubine (2).

§ 10. Fino al secolo nono niun provvedimento legislativo fu adottato contro il concubinato, nè in Oriente nè in Occidente. Ne' secoli nono e decimo fu esso proibito in Oriente da varie costituzioni di Basilio il Macedone, di Leone il Filosofo e di Costantino Porfirogenito. Al contrario in Occidente il concubinato continuò ad essere riconosciuto e

(1) MORILLOT, p. 184.

(2) MACIEIOWSKI, T. II, § 191.

almeno tollerato e dalla chiesa e dalle leggi civili. Però i concilii del nono e decimo secolo, avendo imposto ai preti la condizione del celibato, vietarono ad essi col matrimonio anche l'uso delle concubine. Tale proibizione è difficile dire con quanta ripugnanza e con quali proteste fosse stata accolta da parte del clero: gli stessi decreti de' pontefici, fra cui quelli di Gregorio VII, rimasero per molto tempo privi di effetto e da per tutto suscitarono fiere opposizioni. Sembrava infatti eccessivo rigore a' preti l'astenersi dalle concubine, quando nel tempo stesso era ad essi vietato di aver moglie: onde la loro esistenza fu cagione che l'uso del concubinato perdurasse molto tempo in Occidente, nè si potesse estirpare senza grandi difficoltà. Per l'opposto senza niuno ostacolo esso fu abolito in Oriente; dappoi- chè, ammettendo la chiesa greca anche gli ammogliati al sacerdozio, non riusciva difficile nè ai laici nè ai chierici di astenersi dalle concubine, potendo così gli uni come gli altri convivere con donna in matrimonio legittimo. Per tal modo l'uso di tener concubine continuò gran tempo fra gli ecclesiastici e si mantenne anche nel secolo XIII, sebbene fin dal secolo XII dopo molti e grandi sforzi il celibato dei preti fosse divenuto legge generale ne' varii paesi di Europa, meno qualche eccezione in alcuni luoghi. Gli abusi e l'arroganza de' chierici giunsero tant' oltre, che pretesero dovere le loro concubine godere dell'esenzione del foro come per-

sone della loro famiglia, e non avere i principi alcun dritto di fare statuti penali contro di esse (1).

Quanto ai laici, l'uso del concubinato durò per più secoli senza essere soggetto ad alcuna pena, e da per tutto era permesso sino ai principii del secolo XVI. Nel cominciare di questo secolo il Concilio Lateranense tenuto sotto Leone X, deplorando che siffatta consuetudine non si era ancora estirpata fra' chierici, estese la proibizione del concubinato anche ai laici. Il concilio di Trento rinnovò la proibizione tanto pe' chierici quanto pe' laici, e d'allora in poi il concubinato, venendo pure interdetto dalle leggi secolari, fu generalmente ritenuto nella società come uso riprovevole e disonesto, laddove per lo innanzi si reputava, specialmente pei laici, una congiunzione al tutto lecita e regolare (2).

#### CAPO IV.

##### Matrimonii tra parenti.

§ 1. La stessa legge di natura, che invita l'uomo e la donna ad unirsi per formare la famiglia, è quella che con un sentimento istintivo di ripugnanza li respinge dalle unioni fra le persone più

(1) BOEMERO, *Jus Eccl. Protest.* T. II, lib. 3, tit. 2, § 25, 26 e 27. GIANNONE, op. cit. p. 345 e seg.

(2) GIANNONE, op. cit. p. 365 e seg. EINECCIO, *Elem. jur. germ.* Lib. I, § 308, 309.

prossime della stessa famiglia. Infatti i matrimoni fra stretti parenti furono sempre e generalmente vietati dalle leggi e da' costumi come i più contrarii e ripugnanti ai principii di natura e di morale; onde nella linea retta fra genitori, figli e discendenti e nella linea collaterale tra fratelli e sorelle il matrimonio è stato universalmente proscritto da tutte le legislazioni. Nonpertanto qualche eccezione si trova presso alcuni popoli, derivante per lo più dall'influenza di singolari dottrine religiose. In vero nella Persia, secondo i principii della religione di Zoroastro, era permesso il matrimonio del figlio con la propria madre, ed anzi, come dice Montesquieu (1), tale matrimonio era reputato il più onorevole. I magi, al dir di Catullo, dovevano nascere appunto dall'unione del figlio con la madre:

*Nam magus ex matre et gnato gignatur oportet,  
Si vera est Persarum impia religio* (2).

Era pure permessa l'unione del padre con la figlia: così Artaserse Mnemone sposò la propria figlia Atossa (3). Il matrimonio del figlio con la propria madre si trova anche ammesso presso gli Assiri e i Babilonesi per rispetto a Semiramide (4). Anche

(1) *Esprit des lois*, Lib. 26 c. 14.

(2) CATULLO, 89 in *Gellium*.

(3) PLUTARCO, *Artaserse*.

(4) *Esprit des lois*, Lib. 26 c. 14.

i Tartari, secondo Montesquieu, sollevano sposare le loro figlie, ma non mai le madri (1).

Il matrimonio tra fratelli e sorelle era riconosciuto in Persia: esempio Cambise, che sposò due delle sue sorelle (2). In Egitto parimenti, secondo i principii della religione d'Iside, la quale aveva sposato Osiride suo fratello, era autorizzato il matrimonio del fratello con la sorella, sia consanguinea, sia uterina, sia germana (3). Del pari presso gli Assiri il fratello poteva sposare la sorella: Giove, come dice Luciano, sposò Giunone sua sorella uniformandosi alle leggi degli Assiri (4).

Nelle legislazioni della Grecia non fu ammesso il matrimonio tra fratelli e sorelle bilaterali, ma si permetteva però quello del fratello con la sorella unilaterale. Così in Atene, dove si tenevano in alta stima i matrimoni tra individui della stessa famiglia (5), la legge dava facoltà di sposare la propria sorella consanguinea (6); vietava però il matrimonio con la sorella uterina. Questa differenza derivava, secondo Montesquieu, dallo spirito

(1) *Esprit des lois*, ivi.

(2) *ERODOTO*, Lib. III § 31.

(3) *DIODORO*, Lib. I c. 8.

(4) *LUCIANO*, T. I c. XII *De'sacrificiis*.

(5) *ESCBACH*, *Introd. gén. à l'étude du droit*.

(6) Cornelio Nipote nella vita di Cimone c. I dice in proposito: — *Habebat autem (Cimon) in matrimonio sororem germanam suam, nomine Elpinicen, non magis amore, quam patrio more ductus: nam Atheniensibus licet eodem patre natas uxores ducere.*



delle repubbliche di non mettere sulla stessa testa due territorii e per conseguenza due eredità. Quando un uomo sposava la sorella dal lato del padre, non poteva avere che una sola eredità, quella del padre; ma quando sposava la sorella uterina, poteva verificarsi che il padre di questa sorella, non avendo prole maschile, lasciasse a lei la sua eredità, e che quindi il fratello cui si era sposata ne raccogliesse due (1). Anche a Sparta era permesso il matrimonio con la sorella unilaterale (2). Montesquieu, citando una legge riferita da Filone, dice che era vietato sposare la sorella consanguinea (3); ma se quella legge riguardava la divisione delle terre e de' patrimoni, è certo che niuna ragione v'era per impedire il matrimonio con la sorella consanguinea, mentre le donne a Sparta non erano chiamate a succedere nell'esistenza dei fratelli. Il matrimonio poi con la sorella uterina poteva verificarsi senza opporsi alla divisione dell'eredità; come per esempio, nel caso che la figlia del primo letto della madre si fosse sposata col secondogenito procreato dalla stessa col secondo marito; dappoichè gli ultrogeniti non succedevano secondo la legislazione di Sparta (4). Sembra eziandio che

(1) *Esprit des lois*, Lib. V c. 5.

(2) *ESCBACH*, p. 521.

(3) *Esprit des lois*, Lib. V, c. 5.

(4) *BARTHELEMY*, *Voyage du jeune Anacharsis en Grèce*, cap. XLVI nota 65.

per le antiche leggi de'Siciliani fosse permesso il matrimonio tra fratelli e sorelle, consanguinei o uterini; infatti Dionigi il Giovine sposò una delle sue sorelle uterine, e l'altra sposò un fratello consanguineo (1).

§ 2. Oltre le eccezioni sopradette, presso niun altro popolo all'infuori de'selvaggi (2) si trova autorizzato il matrimonio tra fratello e sorella, e molto meno tra ascendenti; di maniera che la divergenza che intorno al divieto de'matrimonii fra parenti si ravvisa tra le varie legislazioni, non riguarda che i matrimonii ne' gradi più lontani, cioè gli altri parenti dopo i fratelli e le sorelle.

Molta varietà offrono sul proposito i diversi popoli. Quelli ne' quali domina lo spirito di tradizione e della perpetuazione delle famiglie, favoriscono i matrimonii nella stessa parentela per non far estinguere la propria razza nè accomunarla a gente di origine o di condizione diversa: il che avviene specialmente ne'paesi dov'è il sistema delle easte

(1) PASTORET, V. 2 p. 770.

(2) Fra i selvaggi la parentela non è di ostacolo al matrimonio; il che deriva pure dall'uso della poligamia. Così presso i selvaggi dell'America settentrionale un uomo è nello stesso tempo il marito di due o tre sorelle, e in alcune tribù quegli che sposa la maggiore può esigere come spose tutte le sorelle cadette. L'uomo che perde la moglie sposa la cognata, la moglie che perde il marito è sposata da uno de'suoi cognati. Presso altre tribù il fratello diviene il marito della propria sorella, il padre sposa la figlia e il figlio la propria madre. COMTE, *Traité de législation* p. 198.

e delle divisioni sociali. Per converso i popoli ne quali prevalgono i principii di eguaglianza civile e lo spirito di commercio, cercano le nozze fuori della propria famiglia per rinvigorire il sangue ed estendere le proprie relazioni.

Nell'India secondo il codice di Manù gl'impedimenti di matrimonio si estendono sino al sesto grado inclusivo (1); però è da notare che la parentela è causa d'impedimento al matrimonio soltanto per le tre prime caste, non per l'ultima dei sudra (2). Gl' Indiani sono poi più scrupolosi quanto alle unioni tra le diverse caste che per le unioni tra parenti, e i matrimoni si contraggono per lo più nella stessa famiglia tra i gradi permessi col fine di evitare la confusione fra le caste (3). La linea maschile ha il dritto di unirsi alla linea femminile; ma i membri dell'una o dell'altra linea non possono scegliere il coniuge nella loro propria linea, poichè sono considerati tra loro come fratelli e sorelle (4). I Cinesi per l'opposto hanno gran ripugnanza pe' matrimoni in famiglia, tanto che presso loro sono proibite le nozze fra persone che, sebbene non parenti, hanno lo stesso nome di famiglia (5).

(1) MANÙ, lib. III § 5. BOSCHERON-DESPORTES, *Aperçu historique du Droit Hindou nella Revue Historique de droit franc. et étrang.* T. 1 p. 318.

(2) MANÙ, *ivi.* ESCBACH, p. 594.

(3) BOSCHERON-DESPORTES, *op. cit.* p. 318.

(4) MARTIN, *Histoire de la femme*, T. 1 p. 143.

(5) WARNKÜNIC, *Juristische Encyclopädie* p. 120.

La legge punisce come incestuose le unioni tra parenti sino al quarto grado: niuno può sposare la cognata, nè la nipote, nè la sorella del cognato o della cognata, nè quella della moglie o del nipote, sotto pena di mille colpi di bambù: il matrimonio con lo zio o la zia è punito con ottanta colpi. Tutti questi matrimoni sono dichiarati nulli, e i regali di nozze che si fossero scambiati tra' contraenti, vengono confiscati in favore del governo (1). Presso gli Ebrei era vietato il matrimonio del nipote con la zia materna o paterna; ma nulla stabilisce Mosè rispetto al matrimonio della nipote con lo zio. Era pure interdetto il matrimonio con la sorella, la figlia o la nipote della moglie, e con la vedova stessa del fratello, se questi avesse lasciato figli, come del pari era vietato il matrimonio del figliastro con la matrigna, della figliastra col patrigno, del genero con la suocera, della nuora col suocero, della zia col marito della nipote e del nipote con la moglie dello zio (2).

Il matrimonio del figliastro con la matrigna, che trovasi vietato generalmente nelle diverse legislazioni, era per contrario di uso frequente presso i Tartari Mongolli, come attestano Montualin, Plan de Carpin e Marco Polo, i quali riferiscono che alla morte del padre il figlio suole sposare la matrigna rimasta vedova, potendo il figlio unirsi in

(1) MARTIN, T. 1 p. 18, 19.

(2) Levit. XVIII, 7 a 18.

matrimonio a tutte le mogli lasciate dal padre ad eccezione della propria madre (1).

Secondo la legislazione di Maometto il matrimonio è proibito in tutta la linea retta e fino al quarto grado nella linea collaterale, cioè fino ai cugini germani inclusivamente: è vietato pure tra il tutore e la pupilla. Vi ha poi di particolare la proibizione di matrimonio tra la nutrice e l'individuo da lei allattato; poichè Maometto considera la nutrice come un'altra madre, e perciò vieta anche il matrimonio tra l'uomo e la donna che hanno avuta una nutrice comune, riguardandoli rispettivamente come fratello e sorella a causa dello stesso latte (2).

§ 3. Il dritto romano vietava il matrimonio nella linea retta all'infinito, e nella linea collaterale tra fratelli e sorelle e tra le persone una delle quali era fratello o sorella di un ascendente dell'altra, come gli zii e le zie, mentre tali persone erano reputate stare in luogo de' genitori (*respectus parentelae*) (3). Alla proibizione di matrimonio tra zio e nipote fu però derogato sotto Claudio, il quale per isposare la propria nipote Agrippina, figlia di suo fratello Germanico, fece con apposita legge dichiarare permesso a tutti il matrimonio tra lo zio e la figlia del fratello: ma i costumi erano avversi a que-

(1) MARTIN, T. 2 p. 287.

(2) CORANO, Cap. IV § 27. Cap. XXXIII § 47.

(3) Inst. L. 1, t. 10 § 3, 5. Dig. L. 23, t. 2 fr. 33.



sta innovazione; onde il suo esempio non trovò che pochissimi imitatori (1), e la legge medesima fu in appresso abolita da Costantino (2). Tra cugini, ossia figli di fratelli o sorelle, il matrimonio non era proibito. Teodosio pel primo lo vietò nell'anno 385 (3), ma fu nuovamente permesso da Arcadio ed Onorio nell'anno 405 (4). In Oriente però questa riforma trovò opposizione ne' costumi, e il matrimonio tra cugini fu vietato di nuovo dalla chiesa greca nel Concilio Trullano nel 692: i basilici estesero il divieto sino ai biscugini, permettendo le nozze soltanto tra' figli di costoro. Nacque poi dubbio sulla parentela nel settimo grado: siffatta unione al tempo del patriarca Alessandro Studita nel 1033 fu ritenuta non invalida, sebbene illecita e punibile; ma poi fu dichiarata anche nulla da un decreto sinodale tenuto sotto il patriarca Luca e confermato dall'imperatore Manuele Comneno. Tutte queste limitazioni avevano luogo anche tra parenti illegittimi (5).

§ 4. La chiesa latina da principio non fu più rigorosa del dritto romano nelle proibizioni di matrimonio tra parenti: ma a poco a poco i varii concilii particolari cominciarono ad estendere i di-

(1) SVERONIUS, *Claudius* cap. 26.

(2) Cod. Theod. Lib. III tit. 11 c. 1.

(3) Cod. Theod. lib. III tit. 10 § 1. Id. lib. III tit. 12 c. 3.

(4) Cod. lib. V tit. 4 c. 19.

(5) WALTER, *Manuale del Dritto Ecclesiastico*, T. II § 310.

vieti anche ne' gradi più lontani. Così presso i Franchi il matrimonio fu vietato tra figli di cugini; nella Spagna sull'appoggio di alcune parole della Scrittura (1) si dichiararono non permesse le nozze fra tutti i congiunti in generale, e conformemente a questo principio le leggi visigotiche proibirono il matrimonio sino al sesto grado, che secondo la teoria fondamentale del dritto romano era il termine legale della cognazione per quanto concerne i rapporti e dritti di famiglia (2).

La sede pontificia egualmente estese nel settimo secolo l'impedimento della parentela sino al sesto grado: ma nel secolo ottavo il papa Gregorio II profferì l'anatema contro tutti i matrimoni tra parenti (3); e poichè secondo i principii del dritto romano il termine della parentela poteva, quanto ai dritti di successione, estendersi anche al settimo grado, cioè sino ai figli de' secondi cugini (4), ne derivò che scambiandosi la settima generazione della computazione germanica seguita dalla chiesa, pel settimo grado della computazione romana, la chiesa stessa adottò generalmente per confine della parentela la settima generazione, la quale corrispondeva al doppio del settimo grado

(1) *Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedat ut revelet turpitudinem ejus. Levit. XVIII c. 6.*

(2) WALTER, T. II § 310.

(3) WALTER, *ivi*.

(4) PAUL. Sent. IV, 11, 38.

della computazione romana. Questa proibizione tanto estesa non si mantenne però molto tempo, nè fu accettata da tutte le nazioni. Così presso gli Slavi, anche dopo che fra essi s'introdusse il dritto canonico, i matrimonii non solo pe' principi, ma anche pe' privati si reputavano, secondo le consuetudini nazionali, validamente contratti fra persone legate nel quarto grado di parentela giusta il computo civile (1). Per la Germania poi lo stesso pontefice limitò la proibizione sino alla quarta generazione (2). Nella pratica intanto le proibizioni della chiesa davano luogo a molti matrimonii nulli, dappoichè spesso riusciva quasi impossibile di poter discernere se fra i contraenti esistessero de' vincoli così lontani di parentela: onde Innocenzo III nell'anno 1216 restrinse il divieto sino alla quarta generazione secondo il computo canonico (3); ed anzi il matrimonio fu permesso anche se una sola delle parti si trovasse nella quarta generazione e l'altra fosse costituita nella quinta (4). Questa fu la regola costantemente mantenuta dalla chiesa sino a' tempi attuali; però la chiesa stessa si riservò sempre il dritto di farvi eccezioni accordando

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 204.

(2) WALTER, T. II § 310.

(3) DECRET. Lib. IV tit. 13 c. 8. È curiosa la ragione ch'egli adduce: *Quaternarius vero numerus bene congruit prohibitioni conjugii corporalis: quia quatuor sunt humores in corpore, qui constant ex quatuor elementis.*

(4) DECR. Lib. IV, tit. II c. 9.

facilmente delle dispense ne' gradi meno prossimi. I regolamenti de' protestanti e le moderne legislazioni, limitando sempre più il divieto, hanno permesso il matrimonio anche in gradi molto più vicini (1).

§ 5. La diversità intorno al sistema di computare la prossimità della parentela, che esisteva tra il dritto romano e il dritto germanico adottato poi dalla chiesa, aveva origine dal modo diverso di considerare la famiglia e i rapporti da essa derivanti.

Presso i Romani i vincoli di famiglia erano stabiliti solo per la prossimità del sangue con la persona del genitore; in conformità di questo principio la prossimità della parentela era determinata secondo il numero delle generazioni che univano due persone tra loro. I Germani per contrario consideravano la famiglia come unità, sia pe' vincoli di solidarietà che stringevano tutti i parenti, sia rispetto ai dritti e ai beni che loro competevano: perciò determinavano la consanguineità fra due persone non già dai gradi o numeri delle generazioni, ma dal fatto di appartenere alla famiglia per discendenza dal comune progenitore della stirpe, ossia per parentele o serie di generazioni provenienti da esso; di maniera che tutti quelli che discendevano egualmente da un medesimo stipite o autore comune, formavano tra loro una stessa parentela; e perciò i fratelli e le sorelle discendendo

(1) WALTER, loc. cit.

tutti immediatamente dallo stesso genitore formavano la prima parentela o unità di famiglia, e quindi erano fra loro parenti in primo grado (1). Onde secondo questa computazione si calcolava nella linea collaterale una sola linea, quella cioè che saliva allo stipite comune o quella che ne discendeva; laddove secondo la computazione romana si calcolavano entrambe le linee: perciò il grado della computazione romana corrispondeva al doppio della computazione germanica; sicchè i figli de' cugini (*sobrini*) che secondo il dritto romano erano parenti al sesto grado, secondo il computo germanico lo erano solo nel terzo.

La chiesa latina usò dapprima il modo di computare del dritto romano; ma in appresso, venuta in contatto co' popoli germanici, adottò il sistema di computazione per parentele o generazioni usato dai Germani, il quale sistema divenne predominante in Francia, in Inghilterra e in Alemagna. In Italia, dove viveva nella tradizione il dritto romano, surse sul proposito nel secolo XII una disputa tra il vescovo Pier Damiani e i giureconsulti di Ravenna, in seguito della quale fu confermata come legittima la computazione canonica. La chiesa greca per l'opposto seguì costantemente il sistema di computazione stabilito dal dritto romano (2).

§ 6. Quanto all'affinità, il dritto romano da prin-

(1) SCHULTE, Dritto matrimoniale cattolico, p. 278, 279.

(2) WALTER, T. II, § 309.



cipio vietò soltanto il matrimonio con la suocera e con la matrigna, e viceversa con la nuora e con la figliastra (1). La chiesa proibì pure il matrimonio con la moglie del fratello defunto e con la sorella della moglie defunta, e sul suo esempio queste proibizioni furono poi anche adottate dalle costituzioni degli imperatori cristiani (2). In appresso il dritto canonico, avendo ammesso il principio dell'unità della carne (*et erunt duo in carne una*) (3), dichiarò egualmente proibito il matrimonio di un coniuge co' congiunti dell'altro, intendendosi per tal matrimonio accomunata all'uno la parentela dell'altro coniuge; e così a poco a poco la proibizione anche per gli affini come pe' parenti si estese al settimo grado, sino a che Innocenzo III la limitò per gli uni e per gli altri al quarto grado. Nella chiesa greca il divieto de' matrimoni tra gli affini fu allargato fino al sesto grado, ed alcuni patriarchi lo estesero fino al settimo inclusivo (4).

Tra parenti rispettivi dei due coniugi la chiesa latina non riconobbe mai affinità: solo per eccezione era una volta vietato il matrimonio tra i figli procreati da una donna in seconde nozze e i parenti del primo marito: però questo divieto

(1) Dig. L. 23, t. 2 fr. 14 § 4. Dig. L. 38, t. 10 fr. 4 § 5.

(2) Cod. Lib. V, tit. V, c. 5, 8 e 9.

(3) DECRET. 2<sup>a</sup> pars, c. XXXX q. 2 e 3 c. 14 e 15.

(4) WALTER, T. II, § 312.

fu abolito da Innocenzo III. La chiesa greca per l'opposto ritenne che i congiunti per sangue d'ambo i coniugi fossero tra loro scambievolmente affini, e quindi vietò le nozze di due fratelli o del padre e del figlio di una famiglia con due sorelle o con la madre e la figlia di un'altra famiglia. Indi nella stessa chiesa greca invalse l'uso di ritenere impedimenti matrimoniali eziandio fra un coniuge e gli affini dell'altro coniuge, ed anche la chiesa latina interdisse il matrimonio tra un marito e le affini di sua moglie defunta. Così oltre la vera affinità se ne distinse una seconda, quella cioè che si stringeva tra i parenti di due coniugi o tra il coniuge e gli affini dell'altro. In progresso di tempo si ammise ancora una terza affinità, *affinitas tertii generis*, essendosi esteso il divieto di matrimonio anche tra due persone rimaste vedove, una delle quali fosse affine del coniuge predefunto dell'altra; per modo che, se due donne fossero state maritate a due cugini, non fu permesso ad un uomo, il quale avesse sposato una di loro rimasta vedova, di potere poi dopo la morte di lei sposare l'altra donna (1).

(1) WALTER, T, II § 312.

CAPO V.

Condizioni de' figli illegittimi.

§ 1. L'unione dell'uomo e della donna, base della famiglia e della società, fu dai diversi popoli regolata non solo sotto il rapporto della morale, ma anche sotto il rapporto sociale o politico. L'antichità invero non considerò il matrimonio come una società tra l'uomo e la donna fondata sulla natura umana, ma come un'istituzione tutta civile stabilita dalle leggi particolari di ciascun popolo nell'interesse dello Stato. Perciò le antiche legislazioni riprovarono non solò le unioni contrarie ai principii di morale universale, come le adulterine, le incestuose e le altre unioni passeggiere, ma anche quelle che, conformi alla morale, sembravano nondimeno contrarie agl'interessi generali della nazione o della città. Fra queste erano principalmente le unioni con persone di differente condizione sociale; poichè nelle società antiche, fondate sulle distinzioni di casta, di tribù, di nazionalità, di religione, di uomini liberi e di schiavi, tali unioni portando la confusione nelle famiglie e nelle differenti classi sociali, avrebbero sconvolto gli ordini e le basi fondamentali dello Stato. Non potevano per conseguenza reputarsi legittimi che i matrimoni contratti tra persone della stessa condizione sociale:

onde in quasi tutte le antiche legislazioni veggonsi vietati i matrimoni misti tra cittadini e stranieri, tra persone di condizione o casta diversa; tra liberi e schiavi, come pure i matrimoni tra persone egualmente schiave, atteso il pregiudizio che da questi ultimi avrebbe riportato la classe de' padroni. Laonde tra' figli illegittimi, bisogna, nella storia delle legislazioni, noverare non solo quelli generati da unione fuori matrimonio, ma anche i figli avuti da unioni con persone di condizione disuguale.

§ 2. Presso i popoli che ammettevano la poligamia, i figli avuti dalle diverse mogli o concubine erano in generale reputati tutti legittimi, poichè legittima era la pluralità delle donne: però come, anche in mezzo alla poligamia, si riconosceva la prevalenza di una moglie legittima o principale sulle mogli secondarie o concubine, così i figli nati da queste ultime erano ritenuti legittimi in virtù di una finzione di legge, che li reputava figli della moglie principale. Infatti presso gli Ebrei, i Siri e i Fenici (1), come nell'India e nella Cina (2), la moglie principale si reputava giuridicamente la madre de' figli procreati con le concubine o mogli secondarie, i quali perciò erano legittimi come i figli propri di lei e potevano egualmente raccogliere la successione paterna.

(1) PASTORET, V. I, p. 253.

(2) MARTIN, Histoire de la femme T. I, p. 23, 373.

Nell' India , i matrimonii misti non sono permessi secondo il codice di Manù che nelle caste superiori; mentre gl'individui appartenenti all'ultima casta, i sudra, non possono sposare che una donna della stessa loro casta. Perciò i figli nati dalle unioni fra i sudra e persone delle classi superiori, sono illegittimi ed esclusi dal compimento delle cerimonie funebri in onore degli antenati (1). I figli che gl'individui delle classi superiori hanno avuto dalle loro concubine della stessa loro classe, partecipano ai medesimi dritti successorii spettanti ai figli procreati con le mogli legittime (2); quelli poi nati dall'unione di un sudra con donne della classe de' sudra, succedono tutti egualmente senza alcuna distinzione (3). I figli nati fuori matrimonio o da unioni passeggiere sono pure considerati come parenti ed eredi della famiglia, in quanto che, in mancanza di discendenza legittima o adottiva, si reputano capaci di rappresentare i figli legittimi per impedire la cessazione delle cerimonie funebri (4).

Presso gli Ebrei, i figli nati da unioni contratte con persone di condizione, di casta, di tribù diversa , da stranieri o da idolatri, si reputavano bastardi al pari di quelli nati da unione passeg-

(1) MANÙ, Lib. III § 13, 14, 17. Lib. X § 12 a 16.

(2) MANÙ, Lib. IX § 156.

(3) MANÙ, Lib. IX § 157.

(4) MANÙ, Lib. IX § 59, 80.



giera, ed erano esclusi da qualunque dritto alla successione paterna: così i figli di Galaad scacciarono Jefe dalla casa paterna, perchè nato da illegittima unione (1). Mancano notizie precise sulla condizione de' figli illegittimi nella Persia; sembra però che i figli nati dalle concubine fossero quanto alla legge politica distinti dai figli delle mogli legittime, poichè essi erano esclusi dalla successione al trono (2).

In Egitto non v'era distinzione tra figli legittimi e illegittimi: tutti, anche i figli avuti da unione riprovata o da una schiava, erano egualmente legittimi; poichè gli Egiziani, al dir di Diodoro, ritenevano che il solo padre desse l'esistenza e che la madre offrisse soltanto il nutrimento ed il luogo: onde chiamavano maschi gli alberi che producono frutto, femmine quelli che non lo producono (3).

§ 3. La legislazione di Maometto ritenne bastardi tutti i figli nati da unioni riprovate dalle leggi, come pure quelli che, sebbene derivassero da unione permessa, non erano però stati riconosciuti dal loro padre (4). Fra le unioni riprovate, oltre le adulterine, le incestuose e quelle passeggiere,

(1) Deuter. XXIII, 6, 8. Lib. Judic. XI, 1 2, 3.

(2) PASTORET, V. 2 p. 552.

(3) DIODORO, I § 80.

(4) MORILLOT, Condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge, nella *Revue historique de droit franç. et étrang.* T. XII p. 550, 552.

si comprendevano particolarmente le unioni con gl'idolatri, che il profeta proibisce rigorosamente come nocive alla conservazione della fede religiosa; una tale proibizione non si estende ai giudei ed ai cristiani, poichè Maometto presenta sempre Mosè e Cristo come i suoi predecessori (1). Tutti i figli illegittimi sono chiamati alla successione materna, ma sono esclusi dalla successione paterna quando concorrono con altri eredi. I figli avuti dalle concubine si considerano come legittimi, del pari che quelli che il padrone abbia procreato con la sua schiava, sia in seguito di matrimonio contratto con essa, il quale è riconosciuto dalla legislazione musulmana, sia che, senza esservi stato matrimonio, abbia la schiava avuto commercio esclusivamente col proprio padrone. È da notare che, oltre della incapacità di succedere al padre, la legge musulmana al pari delle legislazioni cristiane del medio evo colpisce i figli illegittimi di altre incapacità, come quelle di far testimonianza in materia civile e di essere *kadi* o *kazi*, cioè di esercitare funzioni pubbliche, giudiziarie o amministrative (2).

§ 4. In Atene i figli avuti dalle concubine, come tutti quelli nati fuori matrimonio regolare (*nothi*), si consideravano quali illegittimi, e per conseguenza stranieri alla famiglia del loro padre; potevano però

(1) SAGOT-LESAGE, Etude sur la législation de Mahomet, nella *Revue historique etc.* T. IV, p. 462.

(2) MORILLOT, p. 550, 552.

entrare nella famiglia de' loro genitori mediante l'adozione, se fossero nati da padre e madre entrambi cittadini ateniesi. I figli poi di genitori di cui l'uno o l'altro non fosse cittadino di Atene, non potevano mai acquistare i dritti di famiglia per l'adozione o per altro modo, ed erano oggetto della maggiore riprovazione, come quelli che derivavano da un'unione non solo illegittima, ma anche severamente punita (1). Infatti la legge condannava lo straniero che avesse sposato una cittadina, ad esser venduto come schiavo ed alla confisca de' suoi beni a profitto della repubblica. Egualmente era punita la straniera che si fosse maritata ad un cittadino (2).

Tutti i figli illegittimi o bastardi si trovavano poi nella più triste condizione: reputati stranieri alla famiglia del padre, erano esclusi da qualunque dritto di agnazione o cognazione con la stessa, e perciò anche dalla successione paterna: avevano dritto soltanto ad una piccola porzione su' beni ereditarii (*νεθεια*), la quale non poteva eccedere dieci mine ossia mille dramme. Ripudiati altresì dallo Stato, erano incapaci di ogni dritto di cittadinanza e di qualunque funzione pubblica o religiosa, nè potevano sotto questi rapporti contrarre alcuna relazione giuridica co' cittadini (3).

(1) CAUVET, De l'organisation de la famille à Athènes, nella *Revue de législ. et de jurispr.* V. 24 p. 460, 462.

(2) DEMOSTENE, Orat. in *Neaeram* c. 16.

(3) SAMUEL PETIT, *Commentarius in leges atticas*, Lib. II tit. IV § 2 e 3, Lib. VI tit. VI § 2.

§ 5. A Sparta, mentre si lasciava grande libertà all' unione de' sessi nello scopo della procreazione de' figli, si condannavano poi altamente i disordini derivanti da solo spirito di libertinaggio; perciò anche a Sparta facevasi distinzione tra figli legittimi e bastardi. Infatti alla morte di Agide i Lacedemoni chiamarono al trono suo fratello Agesilao e non il figliuolo Leotichida; dappoichè questi portava taccia di esser nato da illegittima relazione tra Timea, moglie di Agide, ed Alcibiade (1). La storia fa menzione inoltre di un'intera popolazione di bastardi detti *Parlénii*: costoro erano nati da quelle unioni fra' giovani dell'esercito di Messenia e le donzelle di Sparta, che lo Stato aveva pienamente autorizzate per impedire l'estinzione della popolazione; pure, non ostante questa origine, lo Stato, come bastardi, non volle riconoscerli fra' cittadini, e perciò rimasti senza famiglia, senza patria e senza averi, furono obbligati ad allontanarsi da Sparta e trovare una dimora in altri paesi (2).

§ 6. In Roma tutti i figli nati fuori matrimonio, sia quegli avuti nel concubinato, sia gl'incestuosi, gli adulterini, gli spurii o *vulgo quaesiti*, si reputavano egualmente illegittimi; essi si ritenevano quali parenti della madre, ma non avevano alcun rapporto di parentela civile col loro padre, giusta il principio che la paternità poteva giuridicamente

(1) PLUTARCO, *Lisandra*.

(2) STRABONE, Lib. VI c. V.

avere origine soltanto dal matrimonio (1); perciò seguivano la condizione della madre ed erano sempre *sui iuris*. Ma in appresso, divenendo il concubinato un'istituzione giuridica, fu riconosciuto pe' figli nati dalle concubine un vincolo almeno naturale tra essi e il loro padre, e vennero per eccellenza detti *liberi naturales*; onde Giustiniano accordò loro anche un dritto di successione su' beni del padre morto senza testamento (2).

I figli nati dal matrimonio non acquistavano i dritti di figli legittimi che in quanto i loro genitori avessero contratto un *justum matrimonium*, cioè il matrimonio civile romano; dappoichè i Romani distinguevano l'unione fondata nel dritto civile da quella derivante unicamente dal dritto naturale, *matrimonium juris gentium*; onde prima dell'editto di Caracalla i matrimoni contratti tra cittadini romani e stranieri si reputavano bensì leciti e validi, ma come matrimoni *juris gentium* erano pe' coniugi e pe' figli improduttivi di effetti giuridici quanto alla patria potestà, all'agnazione e ai dritti di successione (3). Era lo stesso de' matrimoni misti che avevano luogo tra patrizi e plebei prima che a quest'ultimi fosse dalla legge Canuleia conferito il *jus connubii*. Tali unioni erano frequenti, nè l'opinione pubblica le riprovava;

(1) Dig. Lib. II tit. 4 fr. 4 e 5 Cod. Lib. VI tit. 57 c. 5.

(2) Nov. 18 c. 5. Nov. 98 c. 12.

(3) MAYNZ, T. II p. 465, 466.



ma i figli che ne nascevano non erano sotto la potestà del padre, nè avevano alcun dritto di successione, ed inoltre rimanevano sempre plebei, benchè la madre fosse patrizia (1).

Era persone schiave, come fra liberi e schiavi, non poteva esistere matrimonio, ma un'unione passeggera improduttiva di qualunque rapporto giuridico, detta *contubernium* (2). I figli che nascevano dal commercio di due schiavi non avevano a rigore di dritto neppure vincolo di cognazione naturale co' loro genitori (3), e perciò non per legge, ma soltanto pe' costumi era vietato il matrimonio tra gli schiavi affrancati e i loro prossimi parenti (4).

§ 7. I popoli settentrionali non reputavano regolari che i matrimoni contratti fra persone della stessa condizione sociale. La famiglia costituiva presso di loro una società strettamente unita, la quale creava vincoli ed obblighi solidali per ciascuno de' suoi membri; perciò erano dalla stessa rigorosamente esclusi gl'individui che per la loro origine straniera o illegittima avrebbero potuto turbare la tradizione e gl'interessi comuni a tutta la parentela. Erano quindi aborrite le unioni miste, specialmente quelle tra liberi e persone servili, fra

(1) NIEBUHR, Histoire Romaine T. I p. 499. T. II p. 343.

(2) PAUL. Sent. Lib. II tit. 19 § 6. Cod. Lib. V tit. 5 c. 3.

(3) THEOPHIL. Inst. Lib. I tit. 10 § 10.

(4) Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest: quia hoc jus moribus non legibus introductum est. Dig. Lib. 23 tit. 2 fr. 8.

cui non si riconosceva possibile che il solo concubinato (1). Queste unioni fra persone di condizione disuguale veggonsi infatti generalmente proscritte dalle leggi barbare, ed alcune, come quelle de' Visigoti, de' Borgognoni, de' Sassoni, le vietavano sotto le pene più severe (2). La legge salica faceva servo l'uomo libero che sposava una serva altrui (3). Quelle di Danimarca rendevano serva la donna libera che si fosse volontariamente unita in matrimonio ad un servo (4). Le leggi dei Longobardi punivano di morte il servo che avesse osato sposare una donna libera (5); permettevano al padrone di sposare la propria serva, ma dopo la manomissione, altrimenti i figli reputavansi naturali e non legittimi (6). Lo stesso era stabilito pel matrimonio di persone ingenue con la propria aldia, benchè gli aldii fossero di condizione libera o piuttosto in uno stato medio tra la libertà e la servitù. L'aldia poi che sposava un servo consideravasi come serva durante il matrimonio (7).

Gli Slavi ne' primi tempi non riconoscevano nella

(1) ROTHAR. § 223 — LIUTPR. Lib. VI § 53.

(2) KOENIGSWARTER, Histoire de l'organisation de la famille, p. 124, 125.

(3) TIT. 29 § 5. Si quis Francus alienam ancillam sibi publice iunxerit, ipse cum ea in servitute permaneat.

(4) GRIMM, p. 326.

(5) ROTH. § 222.

(6) ROTH. § 223. LIUTPR. lib. 6 § 53.

(7) ROTH. § 218.

disparità di nascita o di condizione alcun impedimento al matrimonio: in vero molti documenti della loro storia attestano che le principesse si sposavano a semplici cittadini, e alcuni diplomi dell'anno 1255 mostrano che i matrimoni degli schiavi si consideravano quali legittimi (1). Ma in progresso di tempo l'unione fra persone di stato disuguale fu tenuta come riprovevole e fu punita dalle leggi. Così lo statuto di Lituania disponeva che la figlia di nobili natali, la quale avesse sposato un uomo non nobile, dovesse perdere tutti i beni che le potevano spettare sull'eredità paterna o materna (2). L'uomo libero poi, che si fosse sposato ad una schiava, diveniva ancor egli schiavo; lo stesso per l'innanzi aveva luogo per la donna libera che avesse contratto matrimonio con persona di condizione servile (3). Anche in Russia, secondo l'Uloschenie, la donna libera, maritandosi ad uno schiavo, diveniva essa pure schiava (4).

§ 8. La chiesa, la quale aveva riconosciuta la possibilità di matrimonio tra persone della stessa condizione servile, ammise pure l'esistenza di valido matrimonio tra persone libere e serve; tuttavia ritenne che l'ignoranza della condizione servile di uno dei contraenti fosse rispetto all'altro un

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 197.

(2) Id. T. IV § 288.

(3) Id. T. III § 129.

(4) Id. T. III § 134.

giusto motivo per domandare l'annullamento del matrimonio(1). Prevalendo in appresso sempre più l'influenza della chiesa e della dottrina di lei sulla indissolubilità del matrimonio, seguì che i matrimoni con persone disuguali come furono riconosciuti dalle leggi della chiesa, così lo furono egualmente dalle leggi civili, che in materia matrimoniale adottarono le disposizioni della chiesa stessa.

Essendo intanto generale e ritenuto come legittimo l'uso del concubinato, si soleva ordinariamente con le donne di condizione inferiore vivere piuttosto in concubinato che in matrimonio, per riguardo ai pregiudizii sociali, che attribuivano a disdecoro per l'uomo l'avere in moglie una donna di condizione e di natali a lui inferiore. Ma essendo d'altra parte l'unione matrimoniale reputata più onesta e inoltre più accetta alla chiesa, ne derivò che coloro i quali avevano ritegno di vivere in concubinato, e d'altra parte volevano in certo modo rispettare i pregiudizii sociali, usavano prendere bensì in moglie una donna di condizione disuguale, ma col patto ch'ella non dovesse partecipare alla dignità e agli onori del marito, nè, a quei dritti su' beni che le leggi attribuivano generalmente alla qualità di moglie legittima. Da ciò ebbe origine l'uso de' matrimoni detti *ad morganaticam*, di cui fa menzione il lib. II, tit. 29, *de feudis*. Tali matrimoni di origine tutta germanica dicevansi *ad morganaticam*,

(1) DECRET. Lib. IV tit. 9 c. 2.

dappoichè in essi non v'era costituzione obbligatoria di dote da parte del marito, come si praticava in tutti gli altri matrimonii, ma si assegnava semplicemente il *morgengabe*. Questo era dato alla sposa per distinguerla dalla concubina, ed era tutto ciò che la sposa potesse pretendere, mentre co' patti nuziali doveva rinunciare alla porzione o ai dritti ereditarii che per legge o consuetudine erano nei matrimonii ordinarii riservati alla moglie su' beni del marito. Tali matrimonii col patto morganatico, o altrimenti detti *della mano sinistra*, non potevano aver luogo che soltanto fra uomini di nobili natali e donne di condizione inferiore o plebea, e per lo più si contraevano da chi era rimasto vedovo con figli di un precedente matrimonio uguale. In essi nè la moglie nè i figli partecipavano al nome e alla dignità del marito e del padre, e perciò nè all'allodio nè al feudo paterno, ma soltanto a quella porzione in danaro o in immobili che si era stabilita ne' patti nuziali (1).

§ 9. I popoli settentrionali, a differenza dei Romani, ritenevano i figli nati fuori matrimonio o da unioni disuguali come stranieri non solo al padre, ma anche alla madre; onde, non riconoscendo per essi alcun vincolo di famiglia, gli escludevano dalla successione di entrambi i genitori, giusta il principio che, salvo qualche differenza, era in gene-

(1) EINECCIO. Elem. jur. germ. Lib. I § 299, 300, 305, 306 a 315.



rale seguito dalle diverse leggi de' Germani, degli Scandinavi e degli Slavi. Le leggi longobarde di Rotari, che ammettevano i bastardi a succedere insieme ai figli legittimi, sebbene in proporzioni disuguali (1), formavano un'eccezione (2), e furono poi abrogate da Liutprando, che lasciò soltanto alla generosità dei fratelli legittimi di accordar loro qualche cosa se volessero (3).

Non protetti nè dal *mundium* del padre, nè dalla cognazione, i bastardi dovevano implorare la protezione del re, che si riguardava il tutore supremo di tutti i miserabili e derelitti; onde alla loro morte il re o il fisco erano quelli che ne raccoglievano la successione, come trovasi stabilito nelle leggi germaniche, in quelle anglosassoni, nell'antico dritto francese, e in generale nelle più antiche leggi del medio evo (4).

Ne' rapporti poi con la società, i figli nati da unioni disuguali, i quali si reputavano illegittimi egualmente e anche più di quelli nati fuori matrimonio, erano ritenuti appartenere alla condizione peggiore dell'uno o dell'altro de' genitori, laddove secondo il dritto romano dovevano per regola seguire la condizione della madre. Questo principio era generale nelle leggi germaniche e scandi-

(1) Leg. Roth. c. 160, 161.

(2) KOENIGSWARTER, p. 141 nota.

(3) LIUTPR. Lib. 6 § 51, 52.

(4) KOENIGSWARTER, p. 141. MORILLOT p. 179, 181, 369, 526

nave, e trovasi consacrato in varii proverbi come i seguenti: *Trittst du meine Henne, wirst du mein Hahn*, se tu abusi della mia gallina, diverrai mio gallo; — *Das Kind folget der ärgeren Hand*, il figlio segue la mano peggiore; — *En formariège le pire emporte le bon*, ovvero *Unfreie Hand ziehet die freie nach sich*, la mano serva trae seco la mano libera (1). Perciò il figlio di un uomo servo e di una donna libera nasceva servo egualmente che il figlio di un uomo libero e di una donna serva. Per un'eccezione alle altre leggi, quelle della Svezia facevano seguire ai figli nati da unioni disuguali la condizione migliore; onde il figlio di cui uno dei genitori fosse libero, nasceva sempre libero non ostante che l'altro fosse di condizione servile (2).

Nei paesi slavi seguivansi gli stessi principii dei popoli germanici: però in Russia, i figli che il padrone aveva avuti dalla propria schiava, nascevano servi e stranieri al loro genitore e alla famiglia di lui; ma alla morte del padre rivendicavano il dritto di libertà non solo per se, ma anche per la loro madre (3). Nella Lituania la condizione de' bastardi era così poco garentita dalle leggi, che chi uccideva uno di essi non soggiaceva alla pena di morte come gli altri omicidi, ma soltanto al pagamento della composizione (4).

(1) GRIMM, p. 324, 326.

(2) GRIMM, p. 324.

(3) MACIEIOWSKI, T. I § 73, T. II § 207.

(4) Id. T. IV § 269.

Ordinariamente uno de'genitori de'bastardi apparteneva alla classe servile, nella quale, mancando la possibilità o la libertà de'matrimonii, erano, più che nelle altre classi della società, frequenti le unioni illecite. Da ciò derivò che i bastardi, dovendo seguire la condizione peggiore dell'uno o dell'altro de'genitori, appartenevano sin dalla nascita alla classe de'servi, e come il maggior numero di essi aveva effettivamente un'origine servile, fu adottato come principio generale che tutti i bastardi nascevano e rimanevano legalmente servi.

Ne'primi tempi essi si ritenevano servi dei re, loro supremi tutori: quando poi, sopravvenuta la feudalità, i dritti dei re passarono a' signori feudali, passò a costoro con gli altri dritti di regalia anche la protezione de' bastardi, e quindi s'introdusse per questi ultimi il dritto di bastardigia, come per gli stranieri s'era introdotto il dritto di albinaggio. Così i bastardi furono ritenuti quali servi del signore ne'cui dominii nascevano, e perciò in favore del signore si devolveva la loro successione, essendo essi, come gente di manomorta, incapaci di lasciare eredi e di disporre de'loro beni per testamento. In appresso, cominciando a declinare la feudalità, questo dritto di bastardigia si trasformò in un semplice dritto di caducità, per effetto di cui il signore feudale raccoglieva i beni di un bastardo morto senza eredi e senza testamento (1).

(1) Code de l'humanité. V. *Bâtardise*.

Vuolsi notare che nel medio evo in alcuni casi reputavansi bastardi anche i figli nati da un matrimonio legittimo, ma da genitori colpiti da incapacità civile o perseguitati quali colpevoli, e specialmente quelli che nascevano durante la prigionia del padre (1); così nelle leggi scandinave si ritenevano per bastardi i figli nati dagli esiliati o da mendicanti (2).

§ 10. Co' progressi della civiltà e dell'ordinamento sociale fu migliorata pure la condizione dei bastardi. Alla regola *das Kind folget der ärgern Hand* si sostituì la regola più mite *das Kind folget dem Busen* (partus sequitur matrem); onde una costituzione di Federico I dell'anno 1151 stabiliva: *Si liber homo servam superduxerit, vel ingenua servum, proles illa utriusque matrem sequi debet, non patrem* (3). Così i bastardi non furono più ritenuti per servi, nè per istranieri totalmente alla famiglia; ma si riconobbero de' vincoli di parentela e de' rapporti giuridici fra essi e la loro madre, e qualche volta anche col padre; di maniera che furono pure ammessi ai dritti di successione.

Nella maggior parte di Europa, come in Alemagna (4), nella Spagna (5), nella Francia meridio-

(1) GRIMM, p. 462.

(2) MORILLOT, p. 184.

(3) GRIMM, p. 325.

(4) GRIMM, p. 476.

(5) MORILLOT, p. 543.

nale, e in alcuni paesi scandinavi, specialmente in Danimarca (1), i bastardi furono chiamati alla successione della madre e per lo più furono esclusi da quella del padre, giusta la regola del dritto romano. Gli stessi principii seguivansi in Olanda: la regola fondamentale era che niuno fosse bastardo per parte della madre. *Communis enim est regula juris quo utimur, matris non esse spurium*, diceva Binkershoek: però, ammessi alla successione della sola madre, erano i bastardi esclusi da quella dei parenti materni, e molto più dalla successione del padre e de' parenti paterni (2). Egualmente in Boemia, in Polonia, in Russia e in generale ne' paesi slavi i bastardi erano reputati stranieri al loro padre e alla famiglia di costui, e perciò erano sempre esclusi da ogni dritto di successione (3). Ma si riconoscevano de' vincoli di parentela e di successione reciproca tra essi e la loro madre; onde in Lituania in caso di uccisione di un bastardo le leggi accordavano alla madre il dritto di esigere la composizione o *wergeld* (4).

In Italia prevalse generalmente il sistema del dritto romano: così in Napoli i figli naturali erano esclusi dalla successione del padre, ma erano ammessi a quella della madre e de' prossimi pa-

(1) Id. p. 381, 535.

(2) BINKERSHOEK, Quaestiones juris privati, Lib. 3 cap. XI.

(3) MACIEIOWSKI, T. II § 206 T. IV § 268.

(4) MACIEIOWSKI, T. II § 207, T. IV § 269, 275.



renti di lei (1). Gli statuti poi delle altre parti d'Italia offrono in proposito molta varietà: in alcuni i bastardi erano quasi favoriti, non altrimenti che nell'antico dritto longobardo; in altri per l'opposto erano del tutto negletti. Per lo statuto di Gubbio potevano in concorso co' figli legittimi pretendere solo la quarta parte de' beni, e in difetto di quelli solo il dodicesimo; ad un figlio naturale non si poteva lasciare per testamento più di quello che prendeva il figlio legittimo meno favorito. In Roma anche i figli legittimati succedevano co' legittimi solo nella quarta parte della successione intestata. In Ferrara il figlio naturale, tuttochè legittimato, non poteva succedere al padre ed agli agnati di costui senza il loro consenso espresso (2).

Ne' paesi consuetudinarii della Francia i bastardi continuarono a reputarsi stranieri alla famiglia; poichè essi non potevano succedere nè al padre nè alla madre, a meno che non fossero stati legittimati col consenso di coloro della cui successione si trattava e degli eredi di questi (3). Del pari in Inghilterra i figli illegittimi furono esclusi dalla successione paterna e da quella materna, non riconoscen-

(1) CAROLUS DE ROSA, Consuetud. neapol. T. I p. 361 n. 490.

(2) GANS, Dritto di successione nella storia italiana, traduz. di A. Turchiarulo p. 101.

(3) LAURIERE, Notes sur les *Institutes coutumières* de LOISEL. L. I t. 1 § 45, 48.

dosi fra essi e i loro genitori alcun vincolo civile; erano chiamati *nullius filii* o *populi filii*, e perciò non avevano parenti di sorta, meno i proprii figli, i quali erano i soli eredi che potessero lasciare alla loro morte (1).

Nel Portogallo la legislazione era diversa secondo che i figli illegittimi appartenevano a famiglie nobili ovvero no: nelle prime essi erano generalmente esclusi dalle successioni, preferendosi loro anche i parenti collaterali del defunto; ma nelle famiglie non nobili non v'era differenza tra figli illegittimi e legittimi, essendò ai primi accordati gli stessi dritti di successione che avevano gli ultimi (2). Era ciò conforme all'antico dritto dell'Irlanda, secondo cui, senza veruna distinzione, tutti i figli, legittimi od illegittimi, succedevano egualmente giusta l'uso detto di *Gavelkind*. Questo sistema durò sino al regno di Giacomo I, quando venne all'Irlanda applicata la legislazione inglese (3).

Il dritto canonico riconobbe in tutti i figli illegittimi o bastardi il dritto di domandare gli alimenti da' loro genitori; ma nel tempo stesso gli escluse tutti dalla successione paterna (4), e secondo d'Aguesseau era nel suo spirito di escluderli pure dalla successione della madre (5).

(1) BLACKSTONE, Comment. T. II p 247.

(2) MORILLOT, p. 549, 550.

(3) MICHELET, Origines du droit français p 63, 64.

(4) Decret. L. IV tit. VII c. V—Decret. L. IV tit. XIII c. X.

(5) D'AGUESSEAU, Oeuvres T. VII. Diss. sur les bastards, p. 407.

§ 11. I trovatelli o gli esposti, i cui genitori erano ignoti, si reputavano da principio schiavi di coloro che li trovavano; onde la cura del loro mantenimento spettava, come quella degli altri schiavi, ai rispettivi padroni. Abolendosi poi la schiavitù, e divenendo quindi i trovatelli un peso senza utile, diminuì grandemente il numero di coloro che prendevano ad allevarli; di maniera che surse la necessità di definire a chi incumbesse l'obbligo di accoglierli e di alimentarli. In alcuni paesi le leggi imposero quest'obbligo agli ospedali, ai monasteri ed a' capitoli ecclesiastici, considerando che i beni delle chiese erano specialmente destinati per provvedere ai miseri ed agli orfani, e che le esposizioni ordinariamente si solevano fare alla porta delle chiese. In altri paesi l'obbligo di alimentare i trovatelli fu per un terzo imposto al signore del feudo e per gli altri due terzi agli abitanti della parrocchia nella quale il fanciullo era stato esposto (1). In Inghilterra poi essi erano esclusivamente a peso delle rispettive parrocchie (2).

Quanto alla condizione giuridica, i figli di genitori ignoti non sempre furono ritenuti per bastardi, mentre, solendosi esporre anche i figli legittimi, spesso, nel dubbio dell'origine, si ammetteva la presunzione più favorevole, e perciò si reputavano tutti legittimi. Questo principio in alcuni luoghi, co-

(1) Code de l'humanité. V. *Enfant exposé ou trouvé*.

(2) BLACKSTONE, T. II p. 246, 249.

me nella Spagna, fu applicato sino all'esagerazione; imperocchè secondo la legislazione spagnuola tutti gli esposti non solo erano reputati legittimi, ma si consideravano quali borghesi e gentiluomini, tanto che a Madrid potevano entrare nell'ordine della nobiltà (1).

§ 12. Quantunque la condizione dei bastardi si fosse migliorata quanto ai dritti di famiglia, essi però furono nel medio evo riguardati sempre con nota di viltà e d'infamia; onde erano colpiti da diverse incapacità nei rapporti della vita sociale, e per lo più esclusi dalle dignità e dagli uffici pubblici. Così in Germania era loro generalmente interdetto di essere giudici, scabini, testimoni, di prestare giuramento, di sostenere un duello giudiziario, e soprattutto di possedere feudi (2). In alcuni paesi della Francia era loro vietato di far testimonianza in giudizio, di essere nominati sindaci o investiti di alcuna dignità, e si giunse financo a far questione se potevano essere accolti negli ospedali (3). Nella Spagna erano dichiarati incapaci di essere notai o avvocati (4); e secondo le consuetudini napoletane erano non solo esclusi da ogni funzione pubblica, ma anche dall'ammissione al dottorato: *naturales non possunt doctorari* (5). In

(1) Code de l'humanité, loc. cit.

(2) MORILLOT, p. 529.

(3) MORILLOT, p. 371, 373.

(4) MORILLOT, p. 548.

(5) CAROLUS DE ROSA, T. I p. 355 n. 463.

Olanda i bastardi erano egualmente dispregiati nell'opinione pubblica: infatti si trovano varii diplomi ne' quali si faceva promessa agli abitanti di non dar mai loro per governatore un bastardo; in altri diplomi si vietava ai bastardi di far testimonianza in giudizio contro le persone oneste (1).

A queste incapacità e alla riprovazione che accompagnava la condizione di bastardo contribuì pure il dritto canonico, sia perchè esso reputava obbrobriosa qualunque unione non consacrata dalla chiesa, sia perchè furono i bastardi esclusi dal sacerdozio, dichiarandosi, salvo il caso di dispensa, indegni di ascendere agli ordini sacri, ai benefici e alle dignità ecclesiastiche, come quelli che con la loro presenza avrebbero, per la memoria della loro origine, contaminata la santità del tempio. Questa regola, applicata da principio ai figli de' chierici, divenne poi generale e fu estesa a tutti i bastardi, nati sia da' chierici sia da' laici (2). Alcuni concilii furono anche più rigorosi verso i bastardi de' preti: così nella Spagna il nono concilio di Toledo tenuto nell'anno 655 decretò che i figli illegittimi degli ecclesiastici, dal vescovo fino al suddiacono, dovessero ritenersi come schiavi della chiesa alla quale erano incardinati i loro genitori (3).

§ 13. Debbonsi pertanto nel medio evo distingue-

(1) MORILLOT, p. 537.

(2) VAN-ESPEN, De jure eccles. part. 2 tit. X cap 3 § 9.

(3) FLEURY, Histoire ecclesiastique. T. II p. 881.



re i figli illegittimi o bastardi de' privati cittadini da quelli de' principi o sovrani; mentre i primi si riguardavano da per tutto con riprovazione e disprezzo, i secondi invece erano ordinariamente tenuti in concetto assai meno sfavorevole sia nella opinione sia nelle leggi. In generale essi non erano esclusi dalla successione al trono in difetto di figli legittimi, come mostrano gli esempi di Teodorico, Teobaldo, Sigeberto e Chilperico fra' re merovingi e carolingi, non che quelli che ne offrono gli annali della Spagna, di Danimarca, di Norvegia, di Scozia, e specialmente degli Slavi (1). Presso questi ultimi, i figli che i re avevano dalle loro concubine, erano di dritto chiamati alla successione al trono in difetto di figli nati dal matrimonio; e le antiche cronache scritte in latino denominano senza distinzione i figli dei re, *heredes*, *legitimi*, *spurii*, sia che fossero legittimi, sia che fossero illegittimi, e dicono espressamente che gli ultimi avevano dritto ad una parte dell'eredità paterna e per conseguenza anche ad una parte del regno (2).

I bastardi dei principi e de' sovrani non si tenevano punto adontati della loro origine. Spesso anzi ne facevano pompa negli atti pubblici: così Guglielmo il Conquistatore s'intitolava: *Ego Guillelmus cognomento bastardus*; nel Belgio il figlio naturale di Filippo, duca di Borgogna, era nel

(1) STRYKIO, Vol. XI. Disp. V c. 3.

(2) MACIELOWSKI, T. II § 205.

pubblico denominato *Der groote bastard von Burgund* (1); ed in Francia il conte di Dunois fu conosciuto e divenne famoso nella storia meno con questo nome che con quello di *Bastardo d'Orleans* (2).

## CAPO VI.

**Legittimazione. Indagini di paternità. Sostituzione di talamo. Matrimonii obbligatorii. Adozione.**

§ 1. L'antichità non ammise alcuna finzione giuridica, per la quale i figli nati fuori matrimonio regolare potessero reputarsi figli legittimi ed essere equiparati a costoro nei rapporti e ne'dritti di famiglia. In vero le legislazioni orientali non fanno menzione di veruna istituzione che possa rassomigliare alla legittimazione ammessa dal diritto romano e dai codici moderni. È dubbio se la medesima fosse riconosciuta in Grecia. Però, quanto alla legislazione ateniese, sembra certo che in Atene il figlio nato fuori matrimonio non poteva divenir legittimo a meno che non fosse intervenuta una deliberazione popolare che gli avesse prima conferito la qualità di cittadino: infatti di un plebiscito ebbe bisogno Pericle per fare iscrivere ne'registri della

(1) EINECCIO, Lib. I § 149 nota.

(2) Dictionnaire de la conversation. V. *Dunois*.

sua tribù un figliuolo naturale e potergli dare il suo nome (1).

In Roma non s'ebbe idea di legittimazione sino ai tempi di Costantino, che per l'influenza dei principii cristiani e nel fine di reprimere il concubinato, introdusse pel primo la legittimazione per susseguente matrimonio: per lo innanzi essa era affatto ignota, non incontrandosene che un esempio nella legge 57 *Dig. de ritu nupt.* per concessione fatta dagl'imperatori Marco e Lucio ad una tale Tertulla. Il beneficio della legittimazione introdotto da Costantino non riguardò però che i matrimoni già contratti al suo tempo: soltanto sotto Giustiniano fu ammesso per regola generale come una conseguenza giuridica di ogni matrimonio. Fu anche introdotta la legittimazione per rescritto del principe, la quale poteva accordarsi sopra domanda del padre fatta anche nel testamento, e nel solo caso che il matrimonio non fosse stato più possibile e non vi esistessero figli legittimi (2). È noto poi che per invogliare i cittadini ad assumere i gravi uffici municipali, da tutti rifiutati, un'altra specie di legittimazione fu ammessa da Teodosio, quella per oblazione alla curia, a favore di chi faceva iscrivere il figlio nella lista dei decurioni o maritava la figlia ad un decurione (3).

(1) SAMUEL PETIT, *Commentarius in leges atticas*. Lib. II tit. IV § 5. PLUTARCO, *Pericle* § 57.

(2) Nov. 74, Nov. 89.

(3) Cod. Lib. V. tit. 27 c. 3, 4.

§ 2. I popoli germanici e scandinavi non contrastavano al padre il dritto di poter riconoscere per membro della famiglia e introdurre nella stessa il figlio da lui generato fuori regolare matrimonio : ma tale dritto riguardava piuttosto un riconoscimento di paternità che la vera legittimazione ; dappoichè il bastardo , sebbene ammesso fra'membri della famiglia, non acquistava i dritti proprii de' figli nati da legittimo matrimonio (1). Spesso ancora il padre, per ammettere nella famiglia un figliuolo naturale, aveva bisogno del consenso de'suoi figli legittimi, come stabilivano le leggi di Norvegia e d'Islanda (2). Questi atti di riconoscimento de' figli illegittimi e dell'ammissione di essi nella famiglia solevano aver luogo innanzi al consiglio della città o al giudice, e accompagnarsi con varie cerimonie simboliche , simili a quelle che si usavano nelle adozioni (3).

§ 3. La chiesa tolse dal dritto romano la legittimazione per susseguente matrimonio, e adoperò ogni sforzo per farla ammettere ne' paesi convertiti al cristianesimo ; ma trovò in ciò un' opposizione ostinata e continua ne' costumi e nelle abitudini de' popoli, i quali, tenacemente attaccati ai principii germanici, erano avversi a quest'assimi-

(1) KOENIGSWARTER, Histoire de l'organis. de la famil. p. 142.

(2) MORILLOT , De la condition des enfants nés hors mariage etc. nella *Revue histor.* T. XII p. 532.

(3) GRIMM, p. 464.

lazione dei bastardi ai figli legittimi : onde solo assai tardi e dopo grandi stenti e difficoltà la legittimazione per susseguente matrimonio potè essere accolta dagli statuti e dalle leggi. Così in Alemagna non prevalse in generale con tutte le sue conseguenze che nel secolo decimosesto (1); molto tardi s'introdusse in Danimarca (2); e in Polonia, sebbene con fervore si fosse abbracciato il cristianesimo, non fu ammessa che soltanto nel 1768. Nello statuto di Lituania era ammessa, ma il figlio così legittimato era sempre escluso dalla successione paterna (3). In altri paesi poi, come in Russia ed in Inghilterra, non potè mai introdursi ed è tuttora ignota. Gli sforzi della chiesa riuscirono al tutto sterili presso gl' Inglesi, e fu precisamente su tale proposito che i baroni d'Inghilterra diedero quella celebre risposta : *Nolumus leges Angliae mutare* (4). Il dritto inglese non ammise la possibilità di legittimare un bastardo che solo in forza di un atto del Parlamento (5). Nella Russia il codice del 1649 vietò espressamente non solo di legittimare un bastardo per susseguente matrimonio, ma anche di riconoscerlo (6).

(1) MORILLOT, p. 531.

(2) Id. p. 536.

(3) MACIEIOWSKI, T. IV, § 268, 269.

(4) Et omnes comites et barones una voce responderunt quod nolunt leges Angliae mutare quae huc usque usitatae sunt et approbatae — BLACKSTONE, T. 1 p. 26.

(5) FRANQUEVILLE, Les institutions de l'Angleterre p. 289.

(6) MORILLOT, p. 548.



§ 4. La legittimazione per rescritto del principe introdotta dal dritto romano fu generalmente adottata dalle leggi civili de' varii paesi : ma ordinariamente non si accordava in Francia e in Germania che per torre la macchia de' natali , e non per conferire a' bastardi la capacità di succedere ai genitori morti *ab intestato* (1). Per contrario nella Spagna potevano per essa i bastardi acquistare anche i dritti di successione e la nobiltà dei loro genitori, ed essere inoltre rilevati da alcune incapacità civili (2). Spesso il dritto di legittimare i bastardi si considerava come una regalia sovrana: onde veggonsi varii diplomi di concessione di feudi, in cui da' principi si conferiva, insieme agli altri attributi sovrani, anche l'esercizio di questa regalia (3).

Ad imitazione della legittimazione per rescritto del principe il dritto canonico ammise la legittimazione per rescritto del papa, la quale naturalmente non poteva applicarsi che ai soli effetti spirituali: ma i pontefici romani spesso si arrogarono il dritto di legittimare i sudditi degli altri Stati anche per gli effetti civili, parendo loro incongruo che fosse ritenuto come illegittimo per le cose secolari colui che la chiesa considerava come legittimo

(1) EINECCIO, Elem. jur. gen. Lib. 1 § 150. MORILLOT, p. 309, 531, 547.

(2) MORILLOT, p. 547.

(3) FORTI, Delle Istituzioni civili. V. 1 p. 423.

per le cose spirituali (1). Tali pretensioni non furono ammesse ne' diversi paesi, meno in Ungheria, dove per un uso singolare non si riconosceva neppure la legittimazione per susseguente matrimonio, ma solo quella per rescritto del papa (2).

La chiesa ammise che per rescritto pontificio si potessero legittimare non solo i figli naturali, come disponeva il dritto romano, ma tutti i figli illegittimi senza distinzione, eziandio quelli nati *ex damnato vel nefario coitu* (3). Inoltre riconobbe anche nella professione religiosa un motivo da rimuovere la macchia de' natali, giudicando che il bastardo il quale si era votato al celibato, avesse con la sua professione allontanato da sè il sospetto d'incontinenza nascente dalla sua origine: erano perciò i figli illegittimi ammessi in questo caso agli ordini sacri, ma non potevano senza dispensa del papa ottenere prelature o dignità ecclesiastiche (4).

§ 5. Niuna delle legislazioni antiche vietò ai figli illegittimi di ricercare l'autore de' loro giorni. In fatti, le indagini sulla paternità, ammesse nelle legislazioni di Oriente, di Grecia e di Roma, non furono vietate che dal Codice Napoleone e da altri codici moderni per considerazioni di convenienza e di utilità sociale, attesi i gravi abusi ed

(1) DECRET. Lib. IV, tit. 17 c. 13.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 247.

(3) DECRET. loc. cit.

(4) VAN-ESPEN, Pars II, tit. X cap. 3 § 27 a 31.

i processi scandalosi cui tali ricerche avevano dato luogo nel medio evo. I popoli germanici e scandinavi e in generale tutte le legislazioni del medio evo le ammettevano come al tutto regolari, ritenendo che i figli illegittimi avessero un dritto sacro a rintracciare il loro padre e ad obbligarlo agli alimenti. All' uopo dalle diverse leggi e consuetudini erano stabiliti de' procedimenti curiosi ed originali, e spesso siffatte quistioni si decidevano co' giudizi di Dio e coi combattimenti giudiziarii. Così presso gli Scandinavi chi pretendeva esser nato da un determinato individuo poteva sottoporsi alla pruova del ferro rovente, e, riuscendo vittorioso, dimostrava agli occhi di tutti ch' egli era effettivamente figlio dell'individuo da lui indicato, e doveva per conseguenza partecipare alla famiglia e a' beni dello stesso (1). Inoltre per un pregiudizio superstizioso invalse la massima che ove una donna affermasse con giuramento, tale uomo essere stato l'autore di sua gravidanza, fosse ciò sufficiente a ritener costui per padre de' figli da lei partoriti, e a costringerlo ad alimentarli e ad educarli. Questo sistema era in uso presso i popoli della razza slava ne' primi tempi (2), e divenne generale in Europa nel medio evo (3).

(1) *Exegit*, dice un comentatore delle leggi scandinave, *quandoque juris censura, ut talis (naturalis) filius patrem sibi per candentis ferri judicium declararet*. GRIMM, p. 463.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV. § 292.

(3) Le antiche consuetudini galliche stabilivano per tale giur

In Inghilterra le indagini di paternità avevano un interesse non solo per gl'individui, ma più ancora per la società; poichè, essendo i figli illegittimi di genitori ignoti mantenuti a spese delle parrocchie, importava che queste non fossero soverchiamente aggravate da tali pesi: onde l'origine di varie disposizioni penali contro coloro che rimanevano convinti di aver data la vita ad un bastardo. Così secondo alcuni statuti di Elisabetta, Giacomo I e Giorgio II, i presunti genitori di un bastardo dovevano essere arrestati e mantenuti in prigione fino a che avessero prestata cauzione alla parrocchia di provvedere al mantenimento del figlio, ovvero di presentarsi in giudizio per espiare la pena, che avrebbero riportata se non vi avessero provveduto (1).

Quanto alle legislazioni moderne, le indagini di paternità trovansi, oltre l'Inghilterra, ammesse in Baviera, in Austria, in Prussia, nel dritto comune germanico, in Portogallo e nella Luigiana, nella quale sono permesse ai figli bianchi in ogni caso, ed a quelli di colore solo quando il padre, ch'essi ricercano, sia pure di colore (2). In alcuni cantoni

mento una forma assai singolare: la donna doveva giurare, tenendo la mano destra sulle reliquie. . . *et membro virili sinistra prehenso, quod is per vim se isto membro violaverit.*

MICHELET, Origines du droit français p. 49.

(1) BLACKSTONE, T. II, p. 245 a 247.

(2) DE S. JOSEPH, Concordance entre les codes ec. T. I. *Introducl.* p. XXVI.

della Svizzera, in cui l'educazione de' figli naturali è a peso de' comuni, le indagini sulla paternità possono essere ordinate anche di ufficio, e formano oggetto di una singolare procedura, in seguito della quale il figlio illegittimo è dal magistrato aggiudicato a chi ne rimane convinto padre o madre (1).

§ 6. Presso i popoli antichi una delle preoccupazioni maggiori dell'individuo e dello Stato era quella della conservazione e perpetuazione della famiglia per mezzo de' discendenti. Questa preoccupazione era una conseguenza dei principii religiosi e politici della società, pe' quali l'estinzione di una famiglia per difetto di prole si riguardava come la maggiore delle sventure, sia perchè la mancanza di eredi avrebbe fatto perire il culto religioso degli avi, indispensabile per la tranquillità della vita futura, sia perchè l'estinzione delle famiglie alterava le basi stesse dello Stato, le quali poggiavano sulla perpetuazione delle tradizioni, del culto, delle sostanze e dell'importanza politica di ciascuna famiglia. Tale necessità imperiosa di perpetuare la propria discendenza spiega il perchè i popoli antichi adoperarono a questo fine non solo il mezzo fittizio dell'adozione, ma altresì de' mezzi, che ora si riterrebbero affatto ripugnanti ai principii di morale e di ordine

(1) DE S. JOSEPH, ivi. Veggansi nel codice del cantone di Vaud gli art. 182 e seg: *Dell'aggiudicazione de' figli naturali.*



domestico. Tra questi mezzi i più comuni e salienti si erano la sostituzione di talamo, per la quale il marito impotente o la moglie sterile doveva farsi sostituire nel talamo nuziale da altro uomo o da altra donna più adatti, e i matrimoni legali o obbligatorii, che per legge dovevano seguire tra il coniuge rimasto vedovo e il più stretto parente dell'altro coniuge defunto, ovvero tra l'erede di una famiglia e il parente più stretto di lui.

§ 7. Siffatte istituzioni erano comuni nelle nazioni orientali. Nell'India, secondo il codice di Manù, il marito, quando non ha figli dalla propria moglie o muore lasciando una vedova senza figli, può procurarsi la prole mediante l'unione della moglie o della vedova col fratello o altro parente di lui (*sapinda*); ma, raggiunto lo scopo, Manù impone al fratello e alla cognata di comportarsi come un padre ed una nuora, nè permette loro di generare che un sol figlio o al più due (1). In Egitto il fratello del marito (*levir*) era tenuto di sposare la moglie del proprio fratello rimasta vedova senza figli. Quest'uso, conosciuto col nome di levirazione o levirato, passò dagli Egizi agli Ebrei (2) e fu consacrato da Mosè nel Deuteronomio. Egli assoggettò il cognato, che si rifiutava a tal matrimonio con la vedova del fratello, ad una specie d'infamia pubblica: la vedova

(1) MANÙ, lib. IX 59, 60, 61, 62, 69, 70.

(2) ESCBACH, *Introduc. génér. à l'étude du droit* p. 464.

rifiutata, avvicinandosi a lui alla presenza de' magistrati, doveva togliergli la scarpa e sputargli in viso in segno d'ignominia, per non voler egli perpetuare il nome del proprio fratello. Il primo figlio che nasceva da questo matrimonio, doveva portare il nome del marito defunto, affinchè tal nome non si estinguesse nella tribù d'Israele (1).

Inoltre presso gli Ebrei, come presso i Siri e i Fenici, la prima moglie, che per malattia o sterilità non era al caso di dar figli al marito, soleva essa stessa presentargli una schiava o moglie di sostituzione, affinchè ne avesse per mezzo di queste: Prendi la mia schiava, dice Rachele a Giacobbe, ed avrò per essa de'figli (2). Lo stesso dice Sara offrendo Agar ad Abramo (3). In Persia la legislazione di Zoroastro vietava di togliere una seconda moglie nell'esistenza della prima; ma in caso di sterilità di costei esigeva imperiosamente che il marito togliesse un'altra moglie, poichè l'esistenza della prole si riteneva come indispensabile per aspirare al soggiorno de'beati (4). E questa preoccupazione era così forte, che fra le altre forme di matrimonio ammettevasi pure quella di un matrimonio postumo, che per finzione si contraeva tra una donna ed un uomo celibe già morto, affinchè

(1) DEUTER. XXV, § 6, 7, 8, 9.

(2) Genesi XXX, 3.

(3) Genesi XVI, 2.

(4) MARTIN, Histoire de la femme. T. I p. 284.

i figli, che la donna avrebbe procreati con colui cui in realtà si maritava, fossero considerati quali proprii figli del defunto e ne perpetuassero il nome, ereditandone per conseguenza anche i beni (1). Nello stesso scopo le donzelle erano sovente maritate a condizione che il primo figlio che avrebbero avuto, dovesse appartenere al loro padre o al loro fratello, se per caso costoro morissero senza prole (2). Quest'uso trovasi parimenti consacrato nell'India dal codice di Manù (3).

§ 8. Simili istituzioni furono adottate dalle legislazioni ateniese e spartana; ma derivavano meno dallo spirito religioso o patriarcale della perpetuazione del nome della famiglia, che dall'interesse dello Stato, cui era in Grecia subordinata la costituzione e la conservazione stessa della famiglia. È noto che in Atene una legge di Solone obbligava la figlia rimasta unica erede di un Ateniese (*epiclera*) a sposare il più prossimo parente da maschio, che si trovasse nei tre primi gradi della linea collaterale (4). Se questi dopo il matrimonio fosse riconosciuto per non atto a generare, la moglie aveva il dritto di richiedere che uno degli agnati di lui lo avesse sostituito nel talamo (5). A questa u-

(1) MARTIN, T. I p. 281. PASTORET V. 2 p. 581.

(2) PASTORET, V. 2 p. 552.

(3) Lib. IX 127.

(4) CAUVET, De l'organisation de la famille à Athènes nella *Revue de législ et de jurispr* T. 24 p. 145.

(5) PETIT, Lib. VI tit. 1 § 13.

nione della figlia erede col suo più prossimo parente non formava ostacolo il matrimonio precedente da lei contratto con altri durante la vita del padre; dappoichè, se tale matrimonio non era stato accompagnato dall'adozione del genero da parte del padre, in tal caso la figlia non poteva sottrarsi alla necessità dell'agnazione, ma era strappata al marito per essere insieme con l'eredità aggiudicata al suo più prossimo agnato, sul cui reclamo si scioglieva il matrimonio precedente (1). Ciò derivava dal vincolo necessario che la legge stabiliva tra il dritto di eredità e l'obbligo di sposare la figlia del defunto, in guisa che l'erede non poteva rivendicare la prima se nel tempo stesso non rivendicava per moglie la seconda. Se la figlia fosse stata maritata dal padre ad uno dei più prossimi parenti ne' gradi determinati, il matrimonio non si scioglieva; ma, ove il marito non fosse stato il parente di grado più prossimo, cioè l'erede presuntivo, era a costui devoluta metà della successione a titolo d'indennizzo pel matrimonio cui avrebbe avuto dritto e di cui era privato (2). Quando esistevano più figlie, la scelta fra esse apparteneva al parente più prossimo, indi passava a quello che lo seguiva immediatamente (3).

(1) GIRAUD, Du droit de succession chez les Athéniens, nella *Revue de legisl. et de jurisp.* T. 16 p. 114.

(2) GIRAUD, p. 115.

(3) CAUVET, p. 145.

Se la figlia erede fosse povera, la legge obbligava il più prossimo parente a sposarla ovvero a dotarla convenientemente; e se più erano le figlie orfane rimaste povere, il parente più prossimo doveva sposarne o dotarne una, ed al parente del grado seguente toccava di sposare o dotare l'altra (1).

Abbiamo veduto più sopra che a Sparta la legislazione di Licurgo aveva stabilito che il marito, la cui moglie non fosse atta a dar prole, o per la quale ei sentisse ripugnanza, poteva domandare in sostituzione la moglie di altro cittadino. Soltanto le mogli dei re erano dispensate da siffatta prestazione (2).

§ 9. Usi ed istituzioni somiglienti si trovano pure nelle legislazioni di altri popoli. Così presso i Tapiri, popoli che abitavano fra i Derbici e gl'Ircani, la legge ammetteva che un marito vecchio fosse sostituito nel talamo da un giovane robusto, capace di dar prole alla moglie (3). Presso i Sibariti ed i Turii il più stretto parente di una erede universale aveva per legge il dritto di domandarla in matrimonio. Un'altra legge poi obbligava il più prossimo parente di un'orfana a prenderla in isposa, ove questa lo richiedesse, a meno che non volesse in compenso assegnarle una

(1) GIRAUD, p. 116.

(2) PASTORET, V. I, p. 672.

(3) STRABONE, Lib. XI cap. 22 — ALEXANDER AB ALEXANDRO, Genialium Dierum, Lib. I cap. 24 p. 103.



somma di cinquecento dramme: facoltà però che in appresso non fu riconosciuta (1).

Inoltre non solo in Atene, ma anche presso altri popoli il dritto di successione a' beni si trova per legge o pe' costumi strettamente connesso al dritto di sposare la moglie o la figlia del defunto. Così narrasi che Attalo, re di Pergamo, essendo corsa falsa voce della morte di Eumene suo fratello, si affrettò a rivendicare non solo il regno, ma anche la moglie di lui, e poi gliela restituì col regno quando seppe che il medesimo era in vita (2).

Fra gli Arabi esisteva egualmente la consuetudine, abolita poi da Maometto, di attribuire la moglie del defunto all'erede di costui come una cosa faciente parte della successione del marito (3). Del pari presso gli Sciti e i Mongolli le donne erano in certo modo comprese fra' beni mobili del patrimonio del defunto, di maniera che gli eredi avevano sopra di esse gli stessi dritti che sulla successione, e perciò sposavano le vedove di coloro a' cui beni succedevano: così Scila, re della Scizia, succedendo a suo padre Ariapide, ne ereditò col trono anche la moglie Opea (4). Allo stesso modo presso

(1) DIODORO, Lib. XII cap. 4.

(2) PLUTARCO, *Apostegmi di Eumene*.

(3) PAUTHIER, *Les livres sacrés de l'Orient* p. 158.

(4) ERODOTO, Lib. 4 § 78; MARTIN T. 2 p. 286, 287.

Altrettanto può dirsi degli antichi Slavi. In un antico diploma che si trova nel codice diplomatico di Dreger, si legge:

i Traci, quando moriva il marito, le mogli erano rivendicate dai parenti di lui insieme agli altri beni della successione (1). Questo costume si ravvisa attualmente presso i popoli dell' Africa centrale: le vedove divengono proprietà degli eredi del marito (2).

In Roma, neppure ne' tempi più antichi, si riscontra, sia nelle leggi sia ne' costumi, alcuna traccia che accenni ad usi di questa specie: però negli ultimi tempi, in mezzo alla corruzione generale, si trovano degli esempi di mogli che passavano in più case per dare de' figli ad altri. Così Plutarco racconta che Ortensio, volendo collegare la sua famiglia e il suo sangue alla razza di un uomo sì illustre qual era Catone di Utica, chiese in prestito la figlia di costui maritata a Bibulo, e non avendola ottenuta, domandò che Catone gli cedesse la propria moglie Marcia, ch'era in istato di dar figli, e Catone gliela cedè ripigliandosela e sposandola di nuovo dopo la morte di esso Ortensio (3). Da questo però e da altri esempi non si può inferire che tali abitudini fossero ne' costumi de' Romani.

« Cum pater aliquam uxorem de communi pecunia sibi et filio emerat, sibi pater hactenus servavit, ut mortuo patre, uxor ejus devolveretur ad filium sicut alia hereditas de bonis communibus comparata: et ne aliquis hac de causa novercam suam possit sibi vindicare ulterius in uxorem. » MACIEJOWSKI, T. II § 221.

(1) ERACLIDE PONTICO, Delle repubbliche cap. XXVII.

(2) COMTE, Traité de législation p. 235.

(3) PLUTARCO, Vita di Catone d'Utica § 25.

Il contrario pare debba dirsi degli antichi Germani. Secondo alcune tradizioni ricordate da Grimm, il marito che non si vedeva atto a rispondere ai desiderii di sua moglie, aveva facoltà di scegliersi un sostituto: all' uopo doveva condurre la moglie in giro presso i suoi vicini e pregare costoro di fare le sue veci presso di lei; dopo di che ottenuto l'intento poteva ricondurla seco (1). Anche tra gli Slavi del Montenegro esisteva qualche uso di questa specie: se la moglie fosse sterile, soleva ordinariamente il marito col consenso di lei dividere il letto nuziale con altra donna, che manteneva in casa e considerava come moglie (2).

§ 10. L' adozione, quale mezzo fittizio d'impedire l'estinzione del nome di una famiglia, quando nè le leggi nè i costumi permettono la sostituzione di talamo o impongono il matrimonio ai più stretti parenti, trovasi generalmente riconosciuta e praticata da' popoli presso i quali la perpetuazione della famiglia è reclamata dai principii della religione e dall'interesse dello Stato. Nell'India essa è frequentissima; chi non ha figli ricorre all'adozione, poichè colà bisogna assolutamente lasciare un figlio dopo la morte per offrire de'sacrifici funebri e con essi aprire al defunto le porte della vita futura. Può adottare anche chi abbia figli le-

(1) GRIMM, p. 444

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 272.

gittimi, se questi per una causa qualunque sieno incapaci di compiere i sacrifici e di ereditare; mentre presso gl'Indiani il dritto di eredità è correlativo all'obbligo de'sacrifici funebri per gli autenati. Da questo principio segue che non possono adottare le donne, essendo esse per ragione del sesso incapaci di fare i sacrifici; e che l'adottato non deve esser figlio unico, altrimenti, uscendo dalla sua famiglia naturale, niuno resterebbe al padre per celebrare i sacrifici dopo la sua morte. L'adottato dev'essere della stessa casta dell'adottante e minore d'età di costui, nè essere ammogliato; poichè in questo caso l'adozione, anzichè perpetuare, lascerebbe estinguere una famiglia. Per l'adozione l'adottato entra nella nuova famiglia e acquista il dritto di succedere anche ai parenti dell'adottante, senza perdere i suoi dritti nella sua famiglia naturale. L'adozione conserva i suoi effetti anche dopo la sopravvenienza di figli legittimi, mentre tanto questi quanto gli adottivi sono egualmente chiamati a dividere l'eredità (1).

L'adozione è del pari ammessa ed è molto frequente nella Cina, essendo la procreazione dei figli lo scopo essenziale del matrimonio nella società cinese ed il primo dovere verso i parenti. « La mancanza di pietà filiale, dice Meng-Tseu (2), è un

(1) ESCBACH, p. 597, 598 — BOSCHERON-DESPORTES, *Aperçu du droit hindou*, nella *Revue historique de droit etc.* T. I p. 322.

(2) MENG-TSEU, Lib. II cap. 1 § 26 ne' *Livres sacrés de l'Orient* par PAUTHIER p. 261.

triplice difetto; la mancanza di posterità è il più grande de' difetti. » Chi non ha figli può adottare il figlio del fratello o di un altro parente, e in caso di necessità anche un trovatello (1). In Egitto l'adozione era in uso fin da' tempi più antichi (2): essa, come si rileva da Giuseppe, poteva conferire dritto anche alla successione al trono (3). Ammettevansi altresì presso gli Assiri e i Babilonesi: Semiramide, secondo Diodoro, fu adottata dall'intendente degli armenti del re (4). Quanto agli Ebrei, alcuni autori opinano che l'adozione fosse riconosciuta tra essi, allegando l'esempio di Mardocheo, il quale secondo la Scrittura avrebbe adottato Ester, rimasta senza padre e madre (5). Altri però, come Esbach (6) e Pastoret (7), ritengono invece che l'adozione, simulacro della paternità, non poteva legalmente supplire al difetto di figli proprii, e che solo dalla natura poteva derivare la potestà de' patriarchi.

L'adozione era pure riconosciuta da' Cartaginesi, e si praticava talvolta da' padroni a vantaggio dei loro schiavi (8). Non era ignota presso gli Arabi,

(1) WARNKÖNIG, Juristische Encyclopädie p. 120.

(2) ESOD. II c. 10.

(3) GIUSEPPE, Antichità giudaiche II c. 9. § 7.

(4) DIODORO, Lib. 2 cap. 2.

(5) ESTER, II § 7 e 15.

(6) ESCBACH, p. 506.

(7) PASTORET, V. I p. 429.

(8) PLAUTO, *Poenulus* Prol.



ma aveva poca importanza come istituzione giuridica, mentre secondo Maometto l'adozione non crea impedimenti di matrimonio, nè rapporti di parentela fra l'adottato e la famiglia adottiva. Ond'egli permette di sposare la moglie ripudiata del figlio adottivo, e raccomanda di non trattare i figli d'adozione come i figli proprii, e perciò di non chiamarli col nome del padre adottivo, ma bensì con quello del proprio loro padre (1).

§ 11. L'adozione era un'istituzione comune a tutti i popoli della Grecia (2). In Atene, dove la famiglia aveva una grande importanza sociale e politica, era generalmente favorita dai costumi e dalle leggi. Per adottare bisognava essere cittadino; perciò non potevano adottare nè le donne nè i minori, cioè quelli che non avevano l'età di venti anni. Bisognava inoltre non avere figli, sia maschi sia femmine (3); ma la sopravvenienza di un figlio lasciava sussistere l'adozione, e la successione si divideva egualmente tra il figlio legittimo e quello adottivo. L'adottante, se era celibe, non poteva ammogliarsi dopo l'adozione, se non ne avesse avuta facoltà dal magistrato. L'adottato, acquistando insieme ai suoi discendenti il dritto di succedere alla famiglia del padre adottivo, perdeva ogni dritto di successione nella sua famiglia

(1) CORANO, Cap. XXXIII § 4, 5, 35.

(2) ISOCRATE, *Eginetiea*.

(3) PETIT, Lib. II tit. IV § 4.

naturale, meno che alla successione della madre e dei parenti materni, mentre giusta il principio ammesso della legge non si poteva mai acquistare o perdere la madre per l'adozione (1). L'adottato non poteva adottare, nè poteva rientrare nella famiglia naturale se non nel caso che avesse lasciato dei figli legittimi nella sua famiglia adottiva, e ciò per impedire l'estinzione delle famiglie, al che dovevano invigilare non solo i privati, ma anche gli arconti. Non potevano essere adottati che i soli cittadini, e per conseguenza i soli figli legittimi. L'adottato poteva anch'essere maggiore di età. L'adozione si faceva ordinariamente per atti tra vivi, iscrivendosi l'adottato nella fratria dell'adottante, ma poteva aver luogo anche per testamento (2).

A Sparta l'adozione era soggetta a varie formalità : doveva farsi alla presenza del re ed essere approvata da lui (3).

§ 12. In Roma l'adozione costituiva per la famiglia un'istituzione giuridica delle più rilevanti ed aveva dei caratteri affatto speciali. Ad essa si ricorreva principalmente per impedire l'estinzione del culto religioso delle famiglie, che secondo la legge decemvirale doveva conservarsi in perpetuo: *Sacra privata perpetuo manento* ; onde in difetto

(1) PETIT, Lib. VI tit. VI § 6 e 8.

(2) PETIT, Lib. II tit. IV § 4, 5 e 6.

(3) PASTORET, V. I p. 745.

di figli si adottavano degli estranei, *qui in sacra et gentem transire dicebantur* (1). Era di due specie: *adoptio*, *datio in adoptionem* se l'adottato era sotto l'altrui potestà; e *adrogatio* se era libero di sè, *sui juris*. Quest'ultima in origine non poteva aver luogo che per un decreto del popolo votato ne' comizi curiati e ad istanza dei pontefici (2). L'adottato entrando nella famiglia del padre adottivo cadeva sotto la potestà di costui, acquistava la qualità di agnato della nuova famiglia, e con essa tutti i dritti correlativi; ma d'altra parte, uscendo dalla sua famiglia naturale, scioglievasi da ogni vincolo giuridico con la stessa, e quindi da tutti i rapporti di agnazione e di eredità. Ai Romani, e in generale ai popoli antichi, presso cui le famiglie costituivano tante società diverse fra loro, per origine, per religione e per rapporti sociali, doveva sembrare una vera incongruenza l'entrare in una famiglia nuova senza nel tempo stesso sciogliersi dalla famiglia da cui si usciva (3). Questo rigore dell'antico dritto si mantenne sino ai tempi di Giustiniano, e fu per la prima volta modificato da lui con disporre che l'adozione nulla innovasse nella potestà e ne-

(1) EINECCIO, *Antiq. Rom. Lib. I tit. XI.*

(2) AULO GELLIO, *Lib. V. c. 19.*

(3) SERVIUS, *ad Aeneid. Lib. II v. 156.* *Consuetudo apud antiquos fuit, ut qui in familiam vel gentem transiret, prius se abdicaret ab ea in qua fuerat, et sic ab alia reciperetur.*

gli altri rapporti dell' adottato con la sua famiglia naturale, a meno che l' adottante non fosse l'avo o il bisavo. È noto poi che in Roma si poteva essere adottato sia a titolo di figlio, sia anche a titolo di nipote. In quest'ultimo caso l' adottato o si considerava come figlio di padre ignoto, *nepos quasi ex filio incerto*, ovvero come figlio di uno dei figli dell' adottante: nella prima ipotesi egli alla morte dell'avo adottivo rimaneva *sui juris*; nella seconda era invece sotto la potestà di colui che gli era stato designato per padre, e ne diveniva per conseguenza anche erede. Onde per siffatta adozione bisognava, oltre il consenso dell'avo, anche quello del figlio che si attribuiva per padre all' adottato (1).

§ 13. Presso gli antichi popoli settentrionali e nel medio evo l'adozione fu poco in uso. Infatti, quale istituzione fittizia per perpetuare il nome della famiglia, essa era propria delle società come quelle di Oriente, di Grecia e di Roma, in cui la famiglia costituiva un'associazione religiosa e politica; ma presso gli antichi popoli del Nord e ne' tempi di mezzo la famiglia, benchè formasse un vincolo strettissimo, era, più che dal principio politico o religioso, informata dallo spirito delle affezioni di natura, le quali in mancanza di figli proprii non possono certamente esser

(1) Inst. lib. I tit. II § 2, 5, 6, 7. Dig. lib. I tit. 7 fr. 6, 10, 11, 43; 44.

compensate da una finzione tutta giuridica qual è quella dell'adozione. Onde presso gli antichi Germani e Scandinavi l'adozione si confondeva con la legittimazione o piuttosto col riconoscimento dei figli, tanto che le stesse formole simboliche erano adoperate per questi atti e per quelli di adozione (1). Altrettanto si riscontra presso gli Slavi, e perciò forse le antiche cronache dicono che anche a chi aveva figli legittimi era permesso, senza distinzione di età o di sesso, toglierne altri come figli adottivi (2).

§ 14. Le formole all'uopo adoperate erano varie. Alcune ritraevano dalla religione, come quelle pel battesimo, pel catechismo, per la confermazione, per la mitra, per la penitenza, ed avevano origine dai rapporti spirituali che si contraevano co' padrini in occasione di qualche sacra cerimonia: onde solevano compiersi in chiesa, come mostra la novella 24 di Leone. Altre esprimevano idee diverse, come la tonsura de' capelli e della barba dell'adottato, il prendersi costui dall'adottante sopra le ginocchia, il metterlo sotto il proprio mantello o il calzare con lui la stessa scarpa. V'era poi la cerimonia tutta militare, che si faceva con le armi, consegnandosi alla persona, che si voleva adottare, le proprie armi dell'adottante, come

(1) GRIMM, p. 464.

(2) MACIEIOWSKI, T. II § 218.



la lancia, la spada, lo scudo (1). Usavansi pure le adozioni fraterne. Così presso gli Scandinavi due uomini, quando volevano stringere un nodo fraterno, facevano scorrere il loro sangue, e, dopo che si era insieme mescolato sopra una zolla di terra, piegavano le ginocchia, ed unendo le mani giuravano di vendicare l'uno la morte dell'altro come quella di un fratello (2). I Greci si giuravano fratellanza adottiva in chiesa praticando nel rincontro varie cerimonie simboliche (3); e i barbari stringevano lo stesso vincolo e si giuravano fede col pungersi le vene, mescolare il sangue in un vase e berlo insieme, costume che si ritrova pure presso i Greci, i Romani ed altri popoli, come gli Sciti, gli Ungheri e gl'Iberi (4). Questi vincoli di fratellanza erano molto in uso presso i Montenegrini, e si stabilivano non solo tra gl'individui, ma anche tra le famiglie. Così più famiglie, ch'erano straniere l'una all'altra, dichiaravano di volersi scambievolmente unire in un vincolo di parentela fra loro, il quale in certo modo rassomigliava all'*adrogatio* de' Romani e all'*ἐπίγαμια* de' Greci: all'uopo si riunivano nel tempio, dove il sacerdote benediceva questo vincolo non altrimenti che una vera

(1) EINECCIO, Elem. jur. germ. Lib. I §. 152. GRIMM p. 163 a 167, 463 a 465.

(2) MICHELET, Origines etc. p. 195.

(3) FORTI, V. 2 p. 413.

(4) GRIMM, p. 192 a 194.

unione matrimoniale. I membri delle famiglie a tal modo unite si chiamavano fratelli, e contraevano un rapporto di parentela giuridica, che creava impedimenti di matrimonio sino al quarto grado al pari della parentela nascente da' vincoli di sangue (1). Vennero poi anche le adozioni onorifiche, con cui si comunicavano all'adottato gli onori, la religione, il nome e le armi gentilizie di una famiglia.

Tutte queste diverse specie di adozioni, quando non si confondevano interamente con la legittimazione o col riconoscimento de' figli, servivano non tanto a creare veri rapporti e dritti di famiglia, quanto a stringere vincoli di protezione, di fede e di fratellanza, mettendo l'adottato sotto la difesa e il patrocinio della famiglia adottiva; imperocchè, in mezzo ad una società, come quella del medio evo, incapace a difendere gl'individui dalle soverchierie de' potenti, si cercava con ogni maniera di fortificare tra'privati lo spirito di associazione, e quindi di stringere e di cementare le relazioni tra gl'individui e le famiglie (2). Tuttavia non mancano nel medio evo esempi di vere adozioni (3);

(1) MACIEIOWSKI, T. IV, § 277.

(2) FORTI, V. 2 p. 413.

(3) Nè mancano degli statuti che le permettevano anche nella esistenza di figli legittimi, come lo Statuto di Osca del 1247 nell'Aragona. « Omnis homo cujuscunque conditionis sit, licet habeat filios legitimos, potest inter eos constituere adoptivum: qui post mortem patris tenebitur aequaliter cum legitimis ad ejus debita persolvenda, et cum eis tanquam legitimus sortietur. » DUCANGE, Glossarium. V. *Adoptio filiorum*.

ma. in generale esse divennero in progresso di tempo sempre più rare : così l'adozione fu poco in uso in Germania (1) e in Italia (2) ; in Francia da gran tempo prima del 1789 non se ne aveva più alcuna traccia; ed in Olanda non fu ammessa nè da'costumi nè dalle leggi (3). In Inghilterra poi restò affatto ignota; nè del resto avrebbe avuta alcuna utilità, attesa l'assoluta libertà di testare ammessa dalla legislazione inglese (4), e la facoltà, che essa concede, di far donazioni o legati con la condizione che il legatario porti il nome e le armi del testatore (5).

## CAPO VII.

### Autorità maritale. Ripudio. Divorzio. Seconde nozze.

§ 1. Le legislazioni moderne considerano l'autorità maritale soltanto come una necessità di ordine e di regime domestico; mentre la moglie, benchè per l'economia della società coniugale sia posta sotto la direzione e la dipendenza del marito, è non pertanto ritenuta come la compagna e l'eguale di lui. Nell'antichità invece l'autorità maritale si fon-

(1) EINECCIO, Elem. jur. ger. Lib. I § 154.

(2) FORTI, p. 413.

(3) VINNIO, Comment. Lib. I tit. XX n. 2.

(4) FRANQUEVILLE, Les Instit. de l'Angleterre p. 287.

(5) DE S. JOSEPH, V. I Introd. p. XXVIII.

dava sui principii della superiorità dell'uomo rispetto alla donna, e di un dritto di proprietà che il marito pel fatto del matrimonio acquistava sulla persona stessa della moglie. Onde, per quanto si attiene alla capacità e alla personalità giuridica, la moglie non fu in generale mai libera di sè, nè nella famiglia, nè nella società; ma, rimanendo soggetta e subordinata al marito in tutti gli atti della vita civile, l'esistenza giuridica di lei spariva e si confondeva in quella del marito stesso. Quanto poi ai dritti del marito sulla persona della moglie, l'autorità maritale è stata esorbitante ovvero limitata secondo la diversa civiltà e la condizione politica dei popoli: assoluta ed arbitraria presso i popoli primitivi ne' quali predomina il dritto del più forte, e negli Stati in cui tutti i poteri domestici e sociali sono concentrati nel capo di famiglia, essa si mostra mite e circoscritta presso i popoli ordinati a governo civile, negli Stati democratici retti dai principii di eguaglianza, ed in quelli in cui la costituzione della famiglia poggia non su basi politiche, ma solo sugli affetti del sangue.

§ 2. Nelle legislazioni orientali, le quali mostrano de' popoli già costituiti sotto un potere sociale, l'autorità del marito si appalesa forte ed energica per quanto concerne la dipendenza e subordinazione giuridica della moglie; ma, quanto ai dritti sulla persona di lei, può in generale dirsi tem-

perata e circoscritta. Essa non si estende al dritto di vita e di morte, ma solo a quello di correggere e di battere la moglie manchevole. Così la legislazione degli Ebrei, tuttochè accordasse, secondo la legge di Mosè, grande autorità al marito, non gli permetteva di uccidere o di vendere la moglie, ma solo, ove avesse avuto sospetto di adulterio o motivo di gelosia, di sottoporla alla pruova della bevanda delle acque amare, alla quale doveva procedersi in presenza de' sacerdoti (1). Parimenti nella Cina l'autorità maritale, quantunque forte, non è però arbitraria, nè senza freno. Il marito può battere la moglie, ma purchè non giunga a ferirla; egli non può mai disporre della moglie come di una proprietà alienabile; la legge punisce con ottanta colpi di bambù chi cede ad altri la propria moglie. Il marito poi che uccide la moglie per una causa che non meriti la morte, è punito con la strangolazione (2).

Nell'India la moglie è sottomessa ad una perpetua subordinazione verso il marito sotto la tutela di lui: essa non deve mai fare alcuna cosa a suo arbitrio: quali che sieno i difetti e le colpe del marito, la moglie deve costantemente mostrarsi rassegnata e venerarlo come il suo Dio in terra (3). Tutta-

(1) Num. V, 14 e seg.

(2) MARTIN, T. I p, 24, 25.

PAUTHIER, Description de la Chine p. 238.

(3) MANÙ, IX § 3, V. § 154.



via la legge raccomanda ogni rispetto e riguardo per la moglie, come per le donne in generale. « Ovunque le donne sono onorate, dice il codice di Manù (1), ivi le divinità sono soddisfatte; ma, quando non si onorano, tutti gli atti pii sono sterili. » Il dritto del marito non solo non si estende sino alla morte, ma neppure al potere di battere, giusta questa massima così umana e civile consacrata dai legislatori indiani: « Non battete una donna, nemmeno con un fiore, fosse pur rea di cento colpe (2). » La moglie non può possedere nulla di proprio: tutto ciò che essa acquista durante il matrimonio, appartiene al marito (3). Alla morte del marito sono le mogli invitate a serbare una perpetua vedovanza; ma la legge di Manù non vieta alle vedove di rimaritarsi, e molto meno le condanna a sacrificarsi sul rogo de' mariti: questi sacrificii non sono stati mai obbligatorii, e non derivano che da un eccesso di fanatismo religioso dominante ne' costumi (4).

Presso i Medi ed i Persiani l'autorità maritale era oltremodo forte e rigorosa, come quella che non solo imponeva un'assoluta subordinazione alla moglie, ma l'abbandonava ai capricci e all'arbitrio del marito, senza che il dispotismo di co-

(1) MANÙ, III § 56.

(2) MICHELET, Origines etc. p. 15.

(3) MANÙ, VIII § 416.

(4) ESCBACH, p. 597.

stui trovasse alcun freno nelle leggi e ne' costumi (1). Questa rigorosa autorità maritale fu, secondo la tradizione, accordata dal re Assuero ai suoi sudditi per vendicarsi della disobbedienza della regina Vasti sua moglie (2). Attualmente, secondo dice Dubeux, il potere de' mariti giunge al punto, ch'essi pel meuomo sospetto dispongono della vita delle mogli, le quali spariscono in tal modo senza che la giustizia v'intervenga (3). Sembra però che un' autorità maritale così dispotica non fosse consentita dalla legislazione di Zoroastro, poichè questa era in generale favorevole alle donne (4).

Presso gli Assiri ed i Babilonesi, popoli di un' abiezione e di una licenza estrema, i quali tenevano le donne solo come oggetto di voluttà, la subordinazione delle mogli verso i mariti era degradante e senza limiti, e la loro condizione non differiva quasi per nulla da quella delle schiave verso i padroni (5).

Nell'Islamismo l'autorità maritale, secondo Maometto, è fondata sul principio della superiorità (6),

(1) PASTORET, V. 2 p. 552, 583.

(2) ESTER, 1 § 11 a 22.

(3) DUBEUX, *La Perse* p. 474 — MARTIN, T. I p. 286.

(4) MARTIN, T. I p. 301.

(5) MARTIN, T. I p. 315, 316.

(6) « Gli uomini sono superiori alle donne a causa delle qualità per le quali Dio ha elevato i primi al di sopra delle seconde e perchè gli uomini impiegano i loro beni per dotare le donne. »  
CORANO, cap. IV § 38.

che Dio ha accordato all'uomo rispetto alla donna: il profeta, mentre impone alle mogli obbedienza e subordinazione verso i mariti, comanda però a costoro di trattarle con riguardi e tutte egualmente, nè estende il loro dritto di correzione al di là della facoltà di battere la moglie (1).

§ 3. La soggezione e l'inferiorità delle mogli verso i mariti si manifestano nelle legislazioni orientali principalmente in due punti, cioè nelle leggi circa l'adulterio, che è considerato come delitto ed è punito soltanto per la moglie, e nella facoltà concessa al marito di abbandonare la moglie col ripudio, senza che mai sia altrettanto consentito alla moglie verso il marito.

L'adulterio della donna in fatti era presso gli Ebrei punito con la morte (2); ma per quello del marito niun'azione si dava mai alla moglie (3). Similmente l'adulterio del marito non è soggetto a pena nè nelle leggi cinesi (4), nè nello Zendavesta de' Persiani, il quale si contenta di dire che l'uomo adultero non passerà il ponte celeste (5). Il codice di Manù condanna la moglie adultera ad esser divorata dai cani in pubblica piazza (6); ma

(1) CORANO, Cap. IV § 38. Se la moglie non obbedisce, dice Maometto ai mariti, voi la relegherete in un letto separato, voi la batterete.

(2) Levit. XX, 10. DEUTER. XXII, 22.

(3) PASTORET, V. I p. 497.

(4) MARTIN, T. I p. 30.

(5) MARTIN, T. I p. 288.

(6) MANÙ, VIII § 371.

pel marito che viola la fede coniugale, niuna pena stabilisce, sebbene imponga una mutua fedeltà all'uno e all'altro coniuge, e la proclami il primo dovere del matrimonio (1). La legge non punisce nell'uomo che l'adulterio commesso con una donna maritata, cioè la violazione dei dritti del marito di costei e non di quelli della propria moglie, ovvero le relazioni illecite, che l'uomo, ammogliato o no, abbia avuto con una donna appartenente a casta diversa; poichè tali relazioni portano la confusione e la contaminazione delle caste, ch'è il danno maggiore che possa verificarsi nella società indiana (2). La legislazione di Maometto rappresenta sul proposito un progresso; poichè il profeta, nel raccomandare e al marito e alla moglie una reciproca fedeltà, punisce l'adulterio tanto nell'uno quanto nell'altro. « Voi infliggerete, dice il Corano, cento colpi di frusta all'uomo e alla donna adultera (3). »

Quanto al ripudio, la legislazione di Manù (4) come quella della Cina (5) e in generale tutte le legislazioni orientali concordano in riconoscere una tale facoltà soltanto nel marito, e nell'uso di essa gli lasciano un arbitrio molto esteso, essendo trop-

(1) MANÙ, IX § 101.

(2) MARTIN, T. I p. 164 a 170.

(3) CORANO, XXIV § 2.

(4) ESCBACH, p. 592.

(5) MARTIN, T. I p. 26.

po indeterminate e spesso molto frivole le cause per le quali gli si dà il dritto di congedare la moglie. Così, oltre quella della sterilità ammessa generalmente, il codice di Manù novera fra le cause di ripudio anche un carattere malvagio, un' asprezza di parola e uno spirito di contraddizione (1). Se poi il marito ripudia la moglie senza alcun motivo, la terza parte de' beni di lui deve per legge essere attribuita alla moglie ripudiata (2). Le leggi cinesi ammettono similmente fra le cause di ripudio la propensione alla maldicenza, un carattere geloso, l'inclinazione al furto o una malattia abituale: però la legislazione cinese, che tiene in grande onoranza i riguardi di famiglia, non permette al marito di ripudiare la moglie la quale abbia per tre anni portato il lutto del padre o della madre di lui (3). Per l'opposto, in caso di adulterio o di delitto grave commesso dalla moglie, il marito è dalla legge stessa obbligato a ripudiarla. Del resto, oltre il ripudio, il matrimo-

(1) MANÙ, IX § 80. « Una donna dedita ai liquori inebrianti, che abbia cattivi costumi, che sia sempre in contraddizione col marito, che sia affetta da una malattia incurabile, come la lebbra, che abbia un carattere malvagio, e che dissipi i suoi beni, dev'essere sostituita da un'altra donna. »

§ 81. « Una donna sterile deve essere sostituita dopo otto anni: quella i cui figli sieno tutti trapassati lo dev'essere dopo dieci, e sul momento quella che parla con asprezza. »

(2) WARNKÖNIG, Juristische Encyclopädie p. 135.

(3) MARTIN, T. I p. 28, 29.



nio può sciogliersi anche per mutuo consenso dei due coniugi (1).

Presso gli Ebrei il marito poteva dare alla moglie il libello del ripudio *propter aliquam foeditalem*, secondo le parole della Scrittura: il che era molto indeterminato e doveva naturalmente lasciare vasto campo all'arbitrio (2). La moglie non aveva facoltà di divorziare dal marito: però la legge le permetteva di reclamare l'intervento de' magistrati per l'esecuzione di tutte le clausole del contratto di matrimonio; e se il marito persisteva ingiustamente nel suo diniego, reputavasi ch'egli avesse di fatto ripudiata la moglie, di guisa che questa rimaneva libera di sè come se effettivamente avesse ricevuto il ripudio (3).

Secondo il Corano la facoltà di divorziare non appartiene che al solo marito, il quale può esercitarla quando vuole, non essendo determinate le cause di ripudio; ma Maometto temperò questo dritto ingiungendo al marito, che licenzia la moglie, di lasciare alla stessa la dote assegnatale al tempo del matrimonio (4). A differenza poi di Mosè, che vietava al marito di accogliere nuovamente presso di sè la donna ripudiata e maritata ad altri (5), Maometto, raccomandando sempre la

(1) WARNKÖNIG, p. 121.

(2) DEUTER. XXIV 1.

(3) SALVADOR, Histoire des institutions de Moïse T. II p. 168.

(4) CORANO, Cap. IV § 24

(5) DEUTER. XXIV 1 a 4. JEREM. III, 1.

riconciliazione tra' coniugi, permise al marito di riprendere la moglie da lui ripudiata: se però fosse stata ripudiata la terza volta, non poteva il marito riprenderla, se non nel caso che la moglie si fosse maritata ad un altro e fosse stata da costui pur ripudiata (1). Ma in appresso la legislazione musulmana, seguendo l'interpretazione estensiva adottata dai dottori arabi, ammise la facoltà di divorziare anche per le donne, facendo sul proposito eguale la condizione de' due coniugi, con la limitazione però che, quando il divorzio è domandato dalla moglie, il marito non è tenuto a lasciarle la dote (2). Lo scioglimento del matrimonio per effetto del divorzio è dichiarato giudiziarmente dal magistrato (3).

§ 4. A differenza delle altre legislazioni di Oriente e di tutte le legislazioni conosciute, la supremazia degli uomini sulle donne non era ammessa in Egitto, dove, per una singolarità pressochè unica nella storia, l'autorità coniugale sarebbe stata invertita: in luogo di appartenere ai mariti, si sarebbe, a quanto dicono gli antichi storici, esercitata dalle mogli, tanto che gli uomini ammogliandosi promettevano cogl'istrumenti dotali che avrebbero in tutto obbedito alle mogli durante il matrimonio (4). Certo è che la condi-

(1) CORANO, Cap. II § 230, 231.

(2) MARTIN, T. I p. 287.

(3) VARNKÖNIG, p. 168.

(4) DIODORO, Lib. I sez. 1 c. 8.

zione giuridica della moglie era almeno eguale a quella del marito. La legge niun privilegio riconosceva in costui ; nulla in fatti mostra che gli fosse consentito il dritto di ripudio ; nè ve ne fu alcun esempio prima del ripudio dato da Filadelfo ad Arsinoe (1). L'adulterio era delitto tanto per la moglie quanto pel marito; la prima era punita con la recisione del naso , il secondo con mille colpi di frusta (2).

§ 5. In Atene la condizione della donna nel matrimonio era molto più garentita che in Oriente; l'autorità maritale, quantunque forte, doveva rispettare anche nella moglie de'dritti protetti dalla legge. Per fermo non vi ha indizio che il marito potesse esercitare sulla moglie il dritto di vita e di morte o anche quello di batterla. La facoltà di divorziare, a differenza delle legislazioni orientali, apparteneva tanto al marito quanto alla moglie : però il primo poteva ripudiare la seconda a suo arbitrio senza l'intervento dell'autorità, con obbligo benvero di restituirle la dote e provvederla del necessario sostentamento; laddove la moglie doveva presentare personalmente e in iscritto la domanda di divorzio all'arconte, il quale secondo i casi l'ammetteva o la rigettava (3). L'adulterio,

(1) PASTORET, V. I p. 132. MARTIN, T. I, p. 339.

(2) DIODORO, Lib, I sez. 2 c. 12.

(3) CAUVET , De l'organisation de la famille à Athènes, nella *Revue de legisl. et de jurispr.* V, 24 p. 158.

del pari che in Oriente, era delitto soltanto per la moglie; niuna pena colpiva quello del marito (1). Questi non poteva perdonare la moglie adultera, ed incorreva nell'infamia ove non l'avesse ripudiata (2). Quanto poi alla capacità giuridica, la moglie, come ogni donna rispetto al suo tutore, stava sotto la perpetua dipendenza e subordinazione del marito, nè senza l'assistenza di lui poteva fare alcun atto della vita civile (3). Ciò che intanto offre un contrasto con la civiltà ateniese, e non si trova neppure in Oriente, era il dritto concesso al marito di legare per testamento la propria moglie ad un altro come una cosa qualunque della sua successione (4).

A Sparta la sommissione naturale della donna verso l'uomo era bandita dalla legislazione di Licurgo, la quale associava le donne agli stessi lavori ed esercizi degli uomini, distogliendole dalle occupazioni e dalle virtù proprie del loro stato. Essendo perciò stabilita un'eguaglianza tra i due sessi, l'autorità maritale non avrebbe potuto conciliarsi con l'educazione virile, col carattere e con lo spirito d'indipendenza, che distinguevano le Spartane.

§ 6. In Roma fin dai tempi antichissimi esiste-

(1) MARTIN, T. 2 p. 42.

(2) PETIT, in *leges atticas*, lib. VI tit. IV § 5.

(3) ESCBACH, p. 572.

(4) DEMOST. Orat. pro Formione. Orat. I in Aphobum.

vano due specie di matrimonii, il matrimonio con *manus*, e quello libero o senza *manus*: nel primo la moglie era in tutto subordinata e soggetta all'autorità del marito; nel secondo viveva affatto indipendente da lui e restava libera, *sui juris*, se tale era prima del matrimonio, ovvero continuava a rimanere sotto la potestà del proprio padre (1). Così l'autorità che presso tutti i popoli il marito esercita sulla moglie, era presso i Romani una modalità, un fatto secondario, che poteva aggiungersi al matrimonio, ma non già una conseguenza necessaria di esso, un attributo proprio della qualità di marito. Ciò dipendeva dalla speciale costituzione della famiglia romana e dall'assoluta potestà del capo di famiglia. Il *paterfamilias* conservava per tutta la vita sulla persona della figlia, come su tutti i membri della famiglia, una specie di proprietà, di cui non poteva essere spogliato da alcuno senza il suo consenso, e perciò nemmeno dal genero. In fatti per acquistare la potestà sulla moglie, la *manus*, non bastava pel marito il solo fatto del matrimonio; ma bisognava che questo fosse accompagnato da qualche fatto speciale, cioè dalla *coemptio* o dall'*usus* o dalla *confarreatio* (2), mancando i quali non poteva esistere che il matrimonio libero.

Nel matrimonio con *manus* la moglie, rompen-

(1) MAYNZ, Éléments de droit romain T. 2 p. 466.

(2) GAIUS, I § 110.



do ogni vincolo con la sua famiglia naturale, rimaneva sciolta dalla potestà del padre e dalla tutela degli agnati, cessava di essere loro agnata, e, passando nella famiglia del marito con tutti i suoi beni, reputavasi giuridicamente figlia di lui e sorella dei proprii figli, e perciò, venendo egli a morte, gli succedeva insieme ai figli; ma d'altra parte i beni, da lei acquistati durante il matrimonio, appartenevano al marito, non potendo essa, come figlia di famiglia, nulla avere di proprio (1). Il marito però non esercitava sulla moglie l'identica potestà che il padre aveva su' figli: in fatti, anche nell'epoca in cui assoluto era l'impero paterno, il marito non aveva facoltà di mancipare, ossia vendere la moglie, nè di cederla in risarcimento de'danni (*in noxae*) (2). Aveva bensì il dritto di punire i delitti da lei commessi contro la fede coniugale e il costume domestico; ma ne' casi gravi occorreva l'intervento de' parenti della moglie (3), riuniti in tribunale di famiglia, eccetto se fosse stata sorpresa in flagrante adulterio, nel qual caso il marito poteva ucciderla senza alcuna forma di giudizio (4).

Il tribunale domestico o di famiglia moderava la potestà del marito, e in generale esercitava la

(1) WALTER, Storia del dritto di Roma, V. 2 § 477, 479, 500.

(2) GAIUS, IV § 80.

(3) DIONIGI D'ALICARNASSO, Lib. 2 c. 25..

(4) AULO GELLIO, Lib. X c. 23.

sua giurisdizione sulle donne, sia figlie di famiglia sia maritate o *sui juris*, sempre che fossero accusate di adulterio, di aver bevuto vino, di tener condotta immorale, di avere avvelenato i mariti, abbracciato una religione straniera o commesso altre colpe (1). Tale giurisdizione del tribunale domestico cominciò a venir meno sotto l'impero, essendosi nell'imperatore concentrate tutte le giurisdizioni. Ne rimase tuttavia qualche vestigio sotto Tiberio, il quale sottopose le donne, manchevoli alle leggi del pudore, al giudizio de' loro cognati, *more majorum*, ogni qual volta fosse mancata l'accusa pubblica, *quibus publicus accusator deesset* (2). Sotto Nerone, come riferisce Tacito, si ha l'esempio di un marito che presedeva al tribunale di famiglia per giudicare la moglie, accusata di avere abbracciata la religione cristiana, *superstitionis externae rea* (3).

Nel matrimonio senza *manus* la moglie continuava ad essere nella famiglia e sotto la dipendenza dei suoi agnati; entrava nella casa del marito, ma rimaneva straniera alla famiglia di lui: il padre anzi aveva il dritto di ritoglierla al marito; e per conservare questo dritto ed impedire che il marito ac-

(1) FRESQUET, Du tribunal de famille chez les Romains, nella *Revue historique de droit franç. et étrang.* T. I p. 146.

(2) SVETONIUS, Tiberius XXXV.

(3) TACIT. Ann. XIII, 32. Isque (maritus) prisco instituto propinquis coram de capite famaue coniugis cognovit et insontem nuntiavit.

quistasse il dominio, la *manus*, sopra la moglie, le dodici tavole ammisero l'interruzione dell'*usus* per l'assenza della moglie dalla casa maritale durante tre notti consecutive. Tale dritto così esorbitante del *paterfamilias* si mantenne nel suo vigore per molto tempo; in appresso fu moderato per varie eccezioni introdotte dalla giurisprudenza, e indi a poco a poco venne a cessare sotto Diocleziano, il quale accordò al marito un'azione per reclamare la moglie contro chiunque la ritenesse, fosse pure il padre (1).

Sotto gli altri rapporti niun cambiamento verificavasi nella condizione rispettiva de' coniugi, e la comunione d'esistenza, che secondo l'espressione de' giureconsulti s'ingenerava fra essi, non concerneva se non le sole relazioni intellettuali e morali; onde il marito niun potere acquistava sopra la moglie, e la condizione personale e giuridica di costei rimaneva qual era prima del matrimonio (2). Tanto l'uno quanto l'altro coniuge potevano reciprocamente sperimentare in giudizio tutte le ragioni che loro competevano; ma l'onore del matrimonio e l'armonia della vita coniugale vietavano ad essi di ricorrere a quei giudizi criminali o civili che potevano trarre seco l'infamia per la parte condannata: onde fra i coniugi non

(1) Cod. Lib. V tit. 4 c. II — Dig. Lib. 43 tit. 30 fr. 1 § 5, fr. 2.

(2) MAYNZ, T. 2 p. 478, 479.

era ammessa azione per furto (1). Per le stesse ragioni l'uno dei coniugi non poteva pretendere contro l'altro l'esecuzione di un' obbligazione che in quanto la parte debitrice fosse in grado di soddisfarla, *in quantum facere potest debitor* (2). La moglie del resto partecipava alla dignità del marito, e ne seguiva il domicilio e il foro (3): il marito poi, qual protettore legale della moglie, poteva anche senza mandato rappresentarla in giudizio (4) e vendicarne le ingiurie (5).

Tali erano i rapporti giuridici tra marito e moglie nel matrimonio senza *manus*, e tali poi furono senza distinzione in tutti i matrimoni secondo il dritto romano degli ultimi tempi; imperocchè, essendo a poco a poco per l'abbandono delle antiche forme venuta in desuetudine la *conventio in manum*, il matrimonio libero o senza *manus* restò la sola specie di matrimonio riconosciuta dalle leggi e da' costumi.

§ 7. Presso gli antichi popoli del settentrione l'autorità del marito sulla moglie era assoluta ed illimitata, quale suol essere fra popoli ancora barbari. Presso i Galli i mariti, al dir di Cesare, esercitavano sulle mogli il dritto di vita e di mor-

(1) Cod. Lib. V tit. 21 c. 2.

(2) Dig. Lib. 42 tit. 1 fr. 20.

(3) Cod. Lib. XII tit. 1 c. 13.

(4) Cod. Lib. II tit. 13, c. 21.

(5) Inst. lib. IV tit. 4 § 2.

te : *viri in uxores sicuti in liberos vitae necisque habent potestatem* (1). È ignoto il dritto primitivo degli antichi Germani; ma tutto fa supporre che l'autorità maritale dovesse essere egualmente forte, ove specialmente si consideri che le mogli erano comprate dai mariti (2). Le leggi barbare ed anche quelle del medio evo ritraevano in qualche modo dell' antica rozzezza , poichè consacrarono generalmente il dritto del marito di battere la moglie manchevole (3). Gli antichi giureconsulti convengono tutti nell'accordare al marito questo dritto di correzione moderata , ed alcuni di essi sostenevano che al marito non fosse permesso di rinunziarvi, dovendo giudicarsi contrario ai buoni costumi il patto di non castigare la moglie (4). In Francia questo dritto della potestà maritale era ammesso dappertutto , ed era quasi divenuto un articolo di legge. Beaumanoir dice : « Tout mari  
« peut battre sa femme quand elle ne veut pas  
« obéir à son commandement , ou quand elle le  
« maudit, ou quand elle le dément, pourvu que ce  
« soit modérément et sans que mort s'ensuive (5). »  
Ciò era tanto conforme ai costumi, che un antico proverbio, il quale non era che l'eco della legge,

(1) CAESAR, De bello gallico lib. VI c. 19.

(2) EINECCIO, Elem. jur germ. Lib. I § 265.

(3) *Flagellando uxorem*, BALUZE II, 1378.

(4) STRYKIO, Lib. XXIII Pandect. tit. 2 § 44.

(5) LECOUVÉ, Histoire morale des femmes, p. 168.



diceva: « Il est permis de battre sa femme, mais il ne faut pas l'assommer; » e vi hanno alcuni diplomi ne' quali la facoltà di battere la moglie vedesi concessa come privilegio di borghesia agli abitanti di una città (1). Anche in Germania il dritto di correzione sulle mogli era dovunque riconosciuto, ma per lo più solo tra persone di condizione plebea (2). Ammettevansi egualmente in Inghilterra. Però sotto il regno di Carlo II si cominciò a muover dubbio su tale potestà de' mariti; ma le persone della classe volgare, attaccate tenacemente alle antiche abitudini, continuarono a reclamare questo privilegio maritale, e le corti di giustizia ai tempi di Blackstone permettevano ai mariti di privare le mogli della loro libertà in caso di una condotta troppo licenziosa (3).

Tutte le leggi del medio evo si accordano poi in riconoscere nel marito il dritto di uccidere la moglie sorpresa in flagrante adulterio, come pure il complice; e qualche consuetudine, come quella del Berry, determinava eziandio fino a qual punto il marito potesse all' uopo essere aiutato dai figli (4).

§ 8. Quanto alla personalità giuridica delle donne maritate, il principio ammesso universalmente

(1) LARCHER, *La femme jugée par l'homme*, p. 218.

(2) EINECCIO, *Lib. I § 298*.

(3) BLACKSTONE, *Comm. T. II p. 222*.

(4) LABOULAIE, p. 388.

dalle leggi barbare fu quello della soggezione della moglie verso il marito per tutti gli atti della vita civile. Però la potestà maritale, il *mundium* de' Germani, differiva essenzialmente dalla *manus* de' Romani; poichè, mentre in Roma l'autorità del *paterfamilias* sulla moglie e su' figli si esercitava esclusivamente nell'interesse del marito e del padre, presso i Germani invece il *mundium*, sia su' figli, sia sulla moglie, era un potere di protezione, che si affidava al capo di famiglia non per proprio vantaggio, ma nell'interesse della moglie e de' figli. Il marito in forza del *mundium* era il protettore della persona e dei beni della moglie: a lui spettava la composizione dovuta pe' delitti commessi contro di lei; a lui incumbeva il vendicarla ed il difenderla in giudizio, anche con la spada, se fosse d'uopo (1); ma la moglie, tuttochè dipendente e subordinata, conservava la sua personalità distinta rimpetto al marito; mentre pel fatto del matrimonio non cessava di esser libera, ma solamente diveniva pupilla del marito come prima era del padre o de' suoi parenti maschi.

Questa dipendenza della moglie era maggiore o minore secondo le diverse legislazioni. Quelle rimaste fedeli all'antico spirito germanico, come le consuetudini scandinave, longobarde e anglonormanne, tenevano la moglie in una condizione più subalterna rimpetto al marito; poichè attribuivano

(1) KOENIGSWARTER, Histoire de l'organis. de la famille, p. 128.

a costui durante il matrimonio non solo l'amministrazione, ma anche la libera disposizione de' beni coniugali; di maniera che egli poteva non ostante l'opposizione della moglie alienare anche il dotario a lei assegnato nel matrimonio. Il marito era per la moglie tutore e padrone, *der Frauen-Vogt und Meister*, come dice il *Sachsenspiegel*. Altre legislazioni poi, come le leggi alemanne, francesi, spagnuole, fiamminghe ed italiane, limitavano molto l'autorità del marito; poichè accordavano a lui, qual amministratore de' beni coniugali, il dritto di disporre delle rendite di essi, ma non gli davano la facoltà di alienare i beni proprii della moglie, la quale sola aveva il dritto di disporne, quantunque avesse all'uopo sempre bisogno dell'autorizzazione del marito (1). E spesso negli atti di alienazioni che si facevano dalla moglie, si richiedeva l'intervento anche di due o tre parenti del suo sangue, per impedire che da qualche frode o violenza da parte del marito foss'ella indotta ad alienare i proprii beni. Quest'uso trovasi stabilito da una legge di Liutprando ed era ammesso in varii statuti delle città italiane (2).

L'autorizzazione maritale era poi necessaria non solo per le alienazioni de' beni, ma in generale per tutti gli atti civili che si facessero dalla mo-

(1) LABOULAIE, p. 138, 140, 278.

(2) MURATORI, Dissert. sulle antichità italiane. T. I, Diss. XX, p. 192.

glie; di guisa che questa non poteva obbligarsi, nè acquistare, nè alienare, nè stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito (1). Per l'opposto il dritto canonico, conformemente al dritto romano, dava alla moglie libera facoltà di stare in giudizio; e perciò innanzi le corti ecclesiastiche le mogli, così in Francia (2) come in Inghilterra, potevano comparire ed agire senza bisogno di alcun'autorizzazione (3):

Questa necessità dell'autorizzazione maritale richiesta dalle leggi germaniche e da quelle del medio evo era una conseguenza della tutela perpetua, cui le donne presso i popoli germanici erano sottoposte pel principio della loro incapacità a difendersi e regolarsi da sè; di maniera che come ad ogni donna era necessaria l'autorizzazione di un tutore negli atti della vita civile, così alla moglie doveva naturalmente esser necessaria l'autorizzazione del marito, ch'era il tutore da lei stessa scelto. Al contrario l'autorizzazione maritale fu affatto ignota nel matrimonio libero secondo il dritto romano; dappoichè in Roma la tutela perpetua delle donne era stabilita meno per l'incapacità del sesso che nell'interesse degli agnati (4), e per-

(1) EINECCIO, Lib. I § 295, 236, 297.

LABOULAIE, p. 280.

(2) LABOULAIE, p. 280.

(3) BLACKSTONE, T. II p. 220.

(4) GAIUS, I § 190, 192.

ciò, quando essa cadde in desuetudine con l'antico ordinamento della famiglia romana, le donne, fatte indipendenti nella loro famiglia, si trovarono per la stessa ragione egualmente indipendenti nella famiglia de' loro mariti.

Ne' paesi, come l'Italia, dove era in vigore il sistema delle leggi personali, la moglie era obbligata di professare la legge del marito, giusta quanto aveva stabilito un decreto di Liutprando (1); ma dopo la morte del marito era permesso alle mogli di ripigliare la propria legge, come espressamente fu dichiarato da una costituzione di Lotario (2). Tuttavia, o che non fosse osservata la legge, o che le consuetudini vi derogassero, spesso le donne, anche vivente il marito, non seguivano la sua legge; onde si verificava che, mentre il marito viveva, a mo' d'esempio, secondo la legge longobarda, la moglie si regolava invece secondo la legge romana (3).

§ 9. La legge inglese seguì sui rapporti giuridici tra marito e moglie principii singolari, i quali non trovano riscontro in niun'altra legislazione di Europa. Invero secondo lo spirito del dritto inglese

(1) MURATORI, T. I, Dissert. XXII, p. 226.

(2) Leg. Langob. c. XIV. Lothar. « Ut mulieres Romanae, quae viros habuerunt Langobardos, eis defunctis, a lege viri ui sint absolutae, et ad suam revertantur legem. Et hoc statuimus, ut simili modo servetur in ceterarum natione feminarum. »

(3) MURATORI, T. I, Dissert. XXII, p. 227.



entrambo i coniugi, come il padre e il figlio nel dritto romano, non formano agli occhi della legge che una sola persona, la quale è rappresentata dalla persona del marito: onde la moglie secondo le antiche leggi d'Inghilterra è chiamata *feme covert*, (*foemina viro cooperta*), e il suo stato durante il matrimonio è detto *coverture*, per indicare ch'essa è coverta dalla persona e dalla protezione del marito, il quale perciò si appella *covert baron*. Per effetto di questa unità di persone il marito niuna donazione può fare alla moglie; niun contratto può aver luogo tra l'uno e l'altra durante il matrimonio, e rimangono annullati quelli seguiti precedentemente; i debiti fatti dalla moglie prima di maritarsi debbono, dopo ch'è maritata, soddisfarsi dal marito; la moglie non può essere convenuta da altri in giudizio senza rendersi la lite comune al marito, nè può alla sua volta istituire alcun'azione senza agire contemporaneamente anche a nome del marito (1). Ai tempi di Glanville questo principio dell'unità di persona era così assoluto, che, se il marito rappresentava sua moglie in giudizio, essa non era difesa, dovendo gl'interessi di lei essere regolati solo dal marito (2).

Per tal modo l'esistenza giuridica della moglie resta sospesa e incorporata nell'esistenza del marito: ond'ella, scomparendo nella persona di lui,

(1) BLACKSTONE, T. II p. 215, 216, 217.

(2) LABOULAIE, p. 277.

rimane incapace di ogni atto della vita civile: quindi senza il consenso del marito non può vendere, donare, ipotecare, e neppure far testamento: la sola regina ha facoltà di disporre per testamento de' suoi beni mobili (*chattels*) senza il consenso del re suo marito (1).

Del resto simile divieto di testare senza il consenso del marito non fu una singolarità delle leggi inglesi. Anche in Francia secondo alcune consuetudini, specialmente in Borgogna, la moglie aveva bisogno dell'autorità del marito per fare un testamento valido (2). Del pari per dritto delle città di Amburgo e di Lubecca le donne non potevano testare senza il consenso del marito o del curatore, e neppure le vedove, a meno che non ne avessero avuta facoltà dal marito defunto (3).

§ 10. Presso i popoli slavi i dritti delle mogli erano in generale più garentiti che presso i popoli di razza germanica; in fatti non si leggono nelle leggi slave disposizioni che attribuiscono al marito dritti eccessivi sulla persona della moglie, o che accennino ad un'incapacità delle donne maritate negli atti della vita civile. In Russia, anche ne' primi tempi, non era concessa al marito altra facoltà sulla persona della moglie che quella di mandarla a servire presso estranei, ov'egli non avesse mez-

(1) BLACKSTONE, T. III p. 551, 552.

(2) DURANTON, Cours de droit français, T. I p. 349.

(3) EINECCIO, Lib. I § 298.

zi di alimentarla (1). Le donne maritate amministravano liberamente i loro beni durante il matrimonio, e potevano senza bisogno di verun'autorizzazione comparire in giudizio sia come attrici sia come convenute (2). Tale fu in generale lo spirito della legislazione slava rispetto alla condizione giuridica della moglie, ed anche al presente, secondo l'attuale codice della Russia, l'autorità maritale non concerne che i soli rapporti morali dei coniugi; mentre il matrimonio non esercita alcuna influenza nè sulla personalità giuridica della moglie, nè sul regime de'beni (3).

§ 11. E incerto il dritto de' tempi primitivi di Roma quanto al divorzio (4); ma tutto fa credere che la facoltà di divorziare si appartenesse al capo di famiglia e non alla moglie. In fatti ne' matrimoni consacrati dalla confarreazione, i quali, a differenza degli altri, non si potevano sciogliere col divorzio, il divieto di divorziare riguardava soltanto la moglie, ma non il marito; poichè questi in alcuni casi aveva libera facoltà di ripudiare la moglie, quando cioè la medesima si fosse resa colpevole di avvelenamento de' figliuoli, di parto supposto o di adulterio. Ove però la moglie fosse stata

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 220.

(2) MACIEIOWSKI, T. II § 73, 77, T. IV § 123, 127, 128.

(3) DE S. JOSEPH, Concordance entre les Codes etc. T. III, p. 288, 289.

(4) WALTER, V. 2 § 495.

ripudiata per altri motivi, il marito era punito con la perdita de'suoi beni, dovendo una parte di essi attribuirsi alla moglie e l'altra consacrarsi a Cerere (1). La dissoluzione del matrimonio confarreato aveva luogo mercè la diffarreazione (2). In tutti gli altri matrimoni la libertà di divorziare, almeno per quanto concerne l'epoca conosciuta, era comune tanto al marito quanto alla moglie; poichè i Romani ritenevano come principio di ragione che col mutuo consenso delle parti si potesse sciogliere un vincolo che col consenso stesso s'era formato. Nei primi tempi però l'uso de' divorzii fu assai raro, come quello ch'era riprovato dall'opinione pubblica e dall'influenza de' censori, custodi severi de' costumi. È nota per fermo la riprovazione generale onde fu colpito Spurio Carvilio Ruga, il quale nell'anno 520 di Roma ripudiò la moglie sotto pretesto di sterilità; ma non fu questo il primo divorzio che si fosse verificato in Roma; mentre lo stesso Valerio Massimo, che tanto afferma, riferisce l'esempio del divorzio di L. Antonio, ch'ebbe luogo verso l'anno 450 (3). Quanto raro però ne' primi tempi, altrettanto sfrenato divenne in appresso l'uso de' divorzi: si divorziava senz'alcuna formalità, bastando il mutuo con-

(1) PLUTARCO, Vita di Romolo c. 22.

DIONIGI D'ALICARNASSO, Lib. 2 cap. 25.

(2) FESTUS; V. *Diffurreatio*.

(3) VALER. MAX. Lib. II cap. 4 § 4, cap. 9 § 2.

senso o il consenso di una delle parti, e spesso pei motivi più frivoli: nè per la moglie era di ostacolo la *conventio in manum*; poichè essa poteva sciogliersi dalla *manus*, proponendo un'azione per l'inesistenza del matrimonio, come se mai si fosse maritata a colui che la riteneva per moglie (1). La legge *Julia de adulteriis* sottopose poi a qualche formalità il ripudio da parte del marito, prescrivendo che fosse significato da un liberto in presenza di sette testimonii (2): più tardi fu richiesta una significazione in iscritto, *libellus repudii* (3).

Malgrado la licenza estrema de' divorzi, la libertà di divorziare si mantenne senza limitazione sino al tempo degl' imperatori cristiani, i quali, pur tollerandola, ne restrinsero l'abuso con mezzi indiretti, determinando le cause che giustificavano il divorzio di uno de' coniugi, e assoggettando a pene pecuniarie ed alla restrizione in un monastero il marito e la moglie che divorziassero senza cause legittime (4). Restò tuttavia pienamente libero il divorzio per mutuo consenso; il quale vietato poi da Giustiniano, meno nel caso che uno de' coniugi volesse entrare in un convento, fu in appresso nuovamente ristabilito dal suo successore Giu-

(1) GAIUS, 1 §. 137.

(2) Dig. Lib. 24 tit. 2 fr. 9.

(3) Cod. Lib. V tit. 17 c. 6, 8.

(4) Nov. 117 c. 8, 9, 10, 13. Nov. 134 c. 11.



stino (1). Fra le cause di divorzio fu ammesso l'adulterio; ma quello del marito non autorizzava la moglie a divorziare se non nel caso che avess'egli mantenuta la concubina nella casa coniugale (2). L'adulterio del marito poi secondo i Romani non poteva verificarsi se non con una donna maritata, di modo che l'infedeltà da parte di lui non costituiva per sè stessa un adulterio (3).

§ 12. Presso i Germani come presso tutti i popoli primitivi i vincoli del matrimonio facilmente si scioglievano da parte del marito per la facoltà ch'egli aveva di ripudiare la moglie: così il ripudio trovasi ammesso generalmente nelle leggi barbare, come in quelle de' Borgognoni (4), de' Bavari (5), degli Alemanni (6), le quali però già predominante dall'influenza della chiesa, pur tollerando il ripudio, cercavano di reprimerne l'abuso; poichè in caso di ripudio senza giusti motivi sottoponevano il marito a diverse pene, condannandolo al pagamento di un'ammenda, alla perdita del *mundium* e alla restituzione del dotario o degli altri lucri nuziali. Le mogli poi non avevano facoltà di abbandonare arbitrariamente i loro ma-

(1) Nov. 134 c. 11. Nov. 140.

(2) Nov. 117 c. 9 § 5.

(3) Dig. Lib. 48 tit. 5 fr. 34 — Dig. Lib. 50 tit. 16 fr. 101.

(4) Tit. 34.

(5) Tit. 7 c. 14 § 1.

(6) LEX ALAMAN. Addit. 29, 30.

riti : nè certamente poteva esser quistione di ripudio da parte di esse in una società in cui le mogli, non altrimenti che le schiave, erano comprate da' mariti a prezzo di denaro. La moglie che avesse tentato di sottrarsi al dominio che il marito aveva acquistato sopra di lei, era punita con la pena de' traditori e de' vili; la si faceva morire gettandola nel fango come stabiliva la legge de' Borgognoni (1).

Il divorzio propriamente detto, quello cioè fondato sopra giusti motivi, fu ammesso dalle leggi barbare tanto pel marito quanto per la moglie in tre soli casi, quando cioè uno de' coniugi si fosse reso colpevole di adulterio, di magia o di violazione di sepolcri (2). Secondo le leggi galliche codificate nel secolo decimo la moglie non poteva divorziare dal marito che per causa d'impotenza, di lebbra o di alito pestifero (3). Quanto al divorzio per mutuo consenso, la legge degli Alemanni è la sola fra le barbare che ne faccia menzione (4), se pure non alluda alla sola separazione volontaria per entrare in un convento.

Intanto fin dai primi secoli del cristianesimo S. Agostino ed altri padri, ravvisando nel nodo

(1) Si qua mulier maritum suum, cui legitime iuncta est, dimiserit, necetur in luto. Lex Burg. 34 § 1.

(2) Edict. Theod § 54. Lex Burg. 34 c. 3. *Papianus* tit. 21.

(3) KOENIGSWARTER, p. 41.

(4) Addit. c. XXIX. Si voluntarie se partire volunt, tollant quod eam per legem obtingat.

coniugale il simbolo dell'unione perpetua di Cristo con la sua chiesa, avevano già proclamata la dottrina dell'indissolubilità del matrimonio; dappoichè, pur convenendo che per causa di violazione della fede coniugale fosse lecito l'abbandono del coniuge, ritenevano però colpevole di adulterio il coniuge divorziato che si fosse rimaritato durante la vita dell'altro (1). Conformemente a questa dottrina, che i diversi concilii si adoperarono con ogni sforzo di far prevalere nella società, la chiesa latina non riconobbe come motivo legittimo di abbandono di un coniuge che il solo adulterio, sia da parte della moglie sia da parte del marito; ma in tal caso vietava al coniuge innocente di passare ad altre nozze durante la vita dell'altro coniuge; di maniera che non ammetteva il divorzio propriamente detto, cioè lo scioglimento del vincolo matrimoniale, ma bensì la separazione della vita comune ossia della mensa e del talamo (2). La chiesa greca per l'opposto ammise in caso di adulterio il divorzio de' coniugi; ma ritenne come adulterio e causa legittima di divorzio soltanto l'infedeltà della moglie, non quella del marito (3).

L'influenza della chiesa latina si manifestò nei capitolari dei re franchi (4), nelle leggi de' Visi-

(1) DECRET. 2<sup>a</sup> pars, caus. 32, q. 7 c. 1 e seg.

(2) DECRET. loc. cit. c. 4, 10. DECRET. 2<sup>a</sup> pars, c. 32 q. 4 c. 4.

(3) WALTER, Manuale del dritto ecclesiastico T. II § 321.

(4) CANGIANI, Leg. barbar. T. III p. 144 n. 42; p. 224 n. 79.

goti (1) e nelle leggi longobarde (2), le quali non riconobbero per motivo di divorzio ossia di separazione che la sola fornicazione. Ma in generale gli sforzi della chiesa ebbero per molto tempo a lottare contro le abitudini de' popoli e le leggi civili; mentre fino al secolo duodecimo durò l'uso dei divorzii e de' ripudii, e molti esempi se ne incontrano da parte di uomini illustri e di re, i quali senza nessun motivo o per motivi frivoli abbandonavano le mogli. Così Carlo Martello ripudiò Geltruda per isposare Alpaïda, Carlo Magno abbandonò Berta senza che la storia ci faccia conoscere i motivi del suo ripudio, Enrico l'Uccellatore ripudiò Alberga, ed Enrico III divorziò da sua moglie senza che avesse potuto convincerla di adulterio (3). Però gli sforzi della chiesa non rimasero sterili; dappoichè la pena della scomunica, ch'essa infliggeva a coloro che scioglievano i vincoli del matrimonio, equivaleva in que' tempi quasi alla morte civile, e fece sì che le leggi secolari dovettero forzatamente cedere al predominio delle leggi ecclesiastiche; per guisa che queste nel secolo duodecimo giunsero a prevalere generalmente in Europa (4) e divennero regola comune nelle materie matrimoniali. Onde da quest'epoca in poi anche

(1) Lib. III tit. 6 § 2.

(2) Leg. Lang. lib. II tit. 13 c. 4.

(3) LABOULAIE, p. 158.

(4) EINECCIO, Lib. I § 330.

le legislazioni civili de' varii paesi non riconobbero nè tollerarono più il divorzio, ma permisero unicamente la separazione personale.

Presso gli Slavi però, essendosi molto tardi e con grandi difficoltà introdotte le leggi ecclesiastiche, il divorzio si mantenne per un tempo assai più lungo e sino a che fu in vigore l'uso dei matrimonii civili (1). Ma in appresso, riconoscendosi per validi solo i matrimonii contratti innanzi la chiesa, fu tolta ai coniugi la libertà di divorziare, e salvo lo scioglimento del matrimonio per causa di nullità, non si ammise che la sola separazione personale, sempre che però fosse la medesima dichiarata dai tribunali ecclesiastici. Presso gli Slavi poi della confessione greca, e specialmente in Russia, l'indissolubilità del matrimonio non fu ammessa come principio assoluto; imperocchè invalse la consuetudine che l'autorità ecclesiastica potesse per gravi cause pronunziare anche il divorzio dei coniugi e permettere loro di passare ad altre nozze (2).

Dopo la Riforma, il divorzio s'introdusse nuovamente in Germania e negli altri paesi che abbracciarono la religione riformata. Quanto alle cause legittime di divorzio, i protestanti dapprima ammisero il solo adulterio; ma in appresso, seguendo l'interpretazione di Lutero, aggiunsero

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 208, 209.

(2) Id. T. II § 209. T. IV § 271.



anche altri motivi, come il maligno abbandono, i peccati contro natura, le insidie alla vita, un odio inestinguibile, la sterilità volontaria, la denegazione del debito coniugale, la condanna a pene infamanti, e in alcuni paesi si ammise persino un divorzio per grazia del principe. In Inghilterra però, anche in caso di adulterio, non fu permessa che la sola separazione di mensa e letto, mentre secondo la legislazione inglese il divorzio non può essere pronunziato che da un atto del Parlamento, dal quale soltanto può il coniuge non colpevole ottener facoltà di passare ad altre nozze (1).

Attualmente il divorzio<sup>1</sup>, ad eccezione delle legislazioni della Francia, dell'Italia, della Spagna e del Portogallo, è ammesso in tutte le legislazioni di Europa, e del pari in quelle degli Stati Uniti d'America (2).

§ 13. In generale presso i popoli antichi, fra cui gl'Indiani, i Cinesi (3), i Persiani e gli Ebrei (4), le seconde nozze, specialmente da parte delle donne, erano vedute con disfavore, come quelle che mostravano poco rispetto per la prima unione. Perciò in Persia le vedove rimaritate si reputavano appartenere sempre al primo marito e ricevevano un

(1) WALTER, Manuale del dritto ecclesiastico T. II § 322.

(2) MOULIN, Unité de législation civile en Europe p. 10.

DE S. JOSEPH, T. I Introd. p. XXII.

(3) MARTIN, T. I p. 34.

(4) Lib. Judith XV, 11.

assegno inferiore a quello avuto nel primo matrimonio (1). In Atene erano dichiarate indegne di compiere certe funzioni religiose (2). Presso i Sibariti e i Turii coloro che passavano ad altre nozze, avendo figli di un precedente matrimonio, erano esclusi dal consiglio della città e da ogni ufficio pubblico (3).

I Romani, benchè reputassero il celibato contrario ai doveri di buon cittadino, riguardavano nei primi tempi qual opera sommamente lodevole per le donne il serbare la vedovanza e rimanersi contente di un solo matrimonio (4). Ma in appresso, dopo le leggi Giulia e Papia Poppea, la legislazione seguì uno spirito diametralmente opposto agli antichi principii; poichè, nello scopo di favorire lo sviluppo della popolazione, la condizione del celibato fu colpita da varie incapacità, e queste stesse incapacità furono pure applicate a coloro che non si rimaritavano dopo un certo tempo dallo scioglimento di un primo matrimonio. Questo termine era per gli uomini fissato a cento giorni: per le donne secondo la legge Giulia era di un anno dalla morte del marito e di sei mesi dal giorno del divorzio; ma poi la legge Papia Poppea lo este-

(1) PASTORET, V. 2 p. 551.

(2) PASTORET, V. 2 p. 91.

(3) DIODORO, Lib. XII cap. 4.

(4) VALER. MAX. lib. II cap. 1 § 3.

FESTUS. Pudicitiae signum Romae colebatur, quod nefas erat attingi nisi ab ea quae semel nupsisset. V. *Pudicitiae signum*.

se a due anni nel primo caso ed a diciotto mesi nel secondo (1). In progresso di tempo prevalsero altre idee; poichè, nel fine di garentire gl'interessi de'figli di un primo matrimonio, cominciarono sin dal tempo di Alessandro Severo ad esser limitati i dritti del coniuge che passava a seconde nozze, e con questo intendimento gl'imperatori cristiani a cominciare da Costantino pubblicarono pe'secondi ed ulteriori matrimoni un gran numero di disposizioni ristrettive. Fra queste le più importanti erano la privazione della nuda proprietà di tutti i lucri nuziali, la quale dal coniuge doveva passare ai figli del primo letto, il divieto di fare al nuovo coniuge una liberalità maggiore della porzione dei figli menò favoriti del primo matrimonio, e la decadenza della madre dalla tutela dei figli (2).

§ 14. Le seconde nozze erano generalmente invise ai popoli germanici, i quali avevano costumi così severi, che, al dir di Tacito, fra essi le sole vergini trovavano marito: *tantum virgines nubunt et cum spe votoque uxoris semel transigitur* (3). Questo rispetto ad una prima unione, specialmente da parte delle donne, era fra gli Eruli (4) e gli Scandinavi (5) così potente, che le vedove, come

(1) ULPIANO, Tit. XIV — Tit. XVII § 1.

(2) MAYNZ, T. 2 p. 525.

(3) De morib. German. c. 49.

(4) PROCOPIO, De bello gothico lib. 2 c. 14.

(5) GRIMM, p. 451.

oggi nell' India , si bruciavano o si seppellivano con le spoglie mortali de' loro mariti. A questa severità di costumi de' popoli settentrionali si conformava pienamente lo spirito del cristianesimo e la dottrina de' santi padri , che riguardavano un secondo matrimonio quale unione riprovevole, che rompeva il vincolo di perpetua fedeltà contratto verso il coniuge defunto. Tuttavia le leggi ecclesiastiche di Occidente , seguendo il consiglio di S. Paolo , tollerarono le seconde nozze , contentandosi di rifiutare ad esse la benedizione sacerdotale; e furono anzi tanto aliene dal limitare la facoltà di rimaritarsi, che abolirono le pene comminate dal dritto romano contro la vedova che passava ad altre nozze durante l'anno del lutto (1). La chiesa greca per l'opposto assai più rigida stabilì delle pene canoniche contro il secondo matrimonio ed altre più severe contro il terzo , le quali furono pure adottate dalle leggi civili (2). Poi, dopo il grande scisma surto nell'anno 901 in Oriente pel quarto matrimonio di Leone il Filosofo, vietò il quarto matrimonio per regola assoluta, ed anche il terzo sempre che si trattasse di persone oltre i quarant'anni ed esistessero figli di un precedente matrimonio (3).

Le leggi barbare non vietarono le seconde noz-

(1) DECRET. Lib. IV. tit, 21 c 4 e 5.

(2) Nov. 90 Leonis.

(3) WALTER, Manuale del dritto eccles. T. II § 328.

ze, ma punivano con la privazione o la limitazione de' lucri nuziali la vedova che si fosse rimaritata (1), ed inoltre la privavano della tutela dei figli avuti dal primo matrimonio (2), come poi fu generalmente stabilito in Francia, in Germania e in altri paesi (3). Un capitolare di Clodoveo obbligava inoltre la vedova a venire a composizione co' parenti del primo marito e a lasciare ad essi una parte della sua dote, il letto nuziale (4). Anche le leggi slave stabilirono per la vedova, che passava ad altre nozze, varie limitazioni de' lucri nuziali, e diminuivano la porzione de' beni che le spettava nella successione del defunto marito (5).

Le seconde nozze del marito per dritto romano non restringevano i dritti della patria potestà su' figli. Le nazioni germaniche per l'opposto stabilirono nell'interesse de' figli del primo matrimonio varii temperamenti a' dritti paterni. Perciò alcune leggi disponevano che, ove il padre passasse a se-

(1) Leg. Wisig. IV, 2, 14. Lex Alam. tit. LV.

Lex Bajuv. tit. XIV, c. 7. Lex Burg. tit. XXIV.

(2) Lex Burg. tit. 59 e 85. Leg. Wisig. IV, 3, 3.

(3) EINECCIO, Lib. 1 § 351. LABOULAIE p. 297.

(4) LABOULAIE, p. 164.

(5) MACIEIOWSKI, T. IV § 286, 291.

I matrimonii delle vedove, mal veduti generalmente nel medio evo, erano in Francia denominati *mariages rechauffés*, *maritagia recalefacta*, e dovevano celebrarsi di notte, a differenza dei matrimonii delle vergini che avevano luogo di giorno. DUCANGE, v. *Maritagia recalefacta*.



conde nozze, si dovesse a lui aggiungere un curatore (1), e varii statuti di Germania, come quelli di Lubeca, di Amburgo e di Riga, prescrivevano che il padre dovesse in tal caso dividere i proprii beni co' figli del primo matrimonio; il che aveva luogo specialmente dove esisteva il regime della comunione de' beni tra coniugi (2). Gli stessi principii seguivano le leggi di Polonia e di Lituania, obbligando il padre, che passava a seconde nozze, a dividere i suoi beni in due parti eguali e abbandonarne una ai figli avuti dalla prima moglie, ritenendo tuttavia per sè l'usufrutto durante la vita (3).

A garentire vie più i figli di quelli che passavano a seconde nozze si usava in Germania il patto conosciuto sotto il nome di unione delle proli (*unio prolium*). Con esso i due coniugi stabilivano che i figli rispettivi avuti dall'uno o dall'altro in un precedente matrimonio dovessero succedere all'eredità dell'uno o dell'altro di essi coniugi, non altrimenti che i figli comuni, e dividerla in parti eguali con costoro, come se tutti fossero stati procreati con lo stesso matrimonio. Tale patto, che alcuni erroneamente ritenevano aver surrogato l'adozione, era di uso più frequente nella Germania superiore: occorreva per la sua validità il consenso de' figli

(1) FORTI, V. 2 p. 429.

(2) STRYKIO, Lib. XXIII PANDECT. tit. 2 § 34.

(3) MACIEIOWSKI, T, IV § 294.

o de'loro tutori, quello de' parenti interessati alla futura successione e un decreto del magistrato (1).

## CAPO VIII.

### Regime de' beni tra coniugi.

§ 1. Il regime de' beni tra coniugi segue ordinariamente lo stesso concetto e gli stessi caratteri del matrimonio. Dove la forma primitiva del matrimonio è la compra della moglie da parte del marito, ivi è il marito che porta la dote per la moglie. Questa dote non è che il prezzo ch' egli paga ai parenti della donna per l'acquisto di lei, e perciò in origine è pagato non alla sposa, ma bensì ai parenti da cui è venduta. In progresso di tempo, ravvisandosi nella donna una certa personalità propria, questo prezzo viene in tutto o in parte rimesso direttamente alla sposa, sia come compenso della cessione ch' ella volontariamente fa di sè stessa allo sposo, sia come un dono, che il medesimo le offre, quale simbolo dell'affetto e dell'unione che contrae. Progredendo poi viepiù la civiltà, e scorgendosi nel matrimonio non un contratto di compra della moglie, ma una società di esseri eguali aventi reciproci dritti e doveri, sorge ben presto e si sviluppa il principio di una contribuzione reciproca al mantenimento della so-

(1) STRYKIO, Lib. I PANDECT. tit. 7 § 9 e 10.

cietà coniugale tanto da parte del marito quanto da parte della moglie. Il marito può contribuire ai pesi del matrimonio sia co' beni che già possiede sia con quelli che può appresso acquistare col lavoro e con lo svolgimento della sua attività. La moglie, non avendo come donna un campo libero da svolgere la sua attività al pari dell'uomo, e non essendo perciò come lui in grado di procacciarsi de'beni con l'opera propria, non può in generale contribuire altrimenti al mantenimento della società coniugale che recando con sè e assegnando al marito una parte de' beni a lei pervenuti dalla propria famiglia. Così il sistema della dote recata dalla moglie al marito viene dalla stessa natura delle cose; ed è chiaro che, se il sistema primitivo della dote assegnata dal marito alla moglie o ai parenti di lei rivela il concetto della compra della moglie da parte del marito, non può certo dirsi che l'uso della dote recata dalla moglie al marito esprima lo stesso concetto in senso inverso, cioè la compra de' mariti da parte delle mogli.

Quando poi il concetto della società coniugale sviluppandosi e perfezionandosi giunge ad esprimere il vero carattere del matrimonio, quello cioè di una società indivisibile tra l'uomo e la donna per tutta la vita, s'ingenera allora e si manifesta il bisogno di provvedere alla sorte del coniuge anche pel tempo in cui dovrà sopravvivere dopo

la morte dell' altro. Ond' è che il sistema delle donazioni da parte dello sposo alla sposa, il quale in origine rivela la compra della donna, in progresso di tempo esprime invece lo scopo di assicurare il sostentamento di lei nel tempo della sua vedovanza. E siccome una donazione fatta a questo scopo rivela per sè stessa nell'uomo l' intenzione di un'unione stabile e duratura, così avviene che ne' tempi in cui l' uso del ripudio e il difetto di forme pubbliche nella celebrazione del matrimonio rendono precaria ed incerta la condizione della moglie, tali donazioni da parte dello sposo sono state spesso dalle leggi o da' costumi ritenute obbligatorie, e si sono riguardate come elementi caratteristici per distinguere l' unione formata nel fine di un vero e legittimo matrimonio da ogni altra unione irregolare o passaggiera.

L' uso delle donazioni da parte dello sposo alla sposa sussiste ancora allato al sistema della dote recata dalla moglie; poichè in presenza di tal sistema le donazioni dello sposo rivestono il concetto e la forma di un assegnamento fatto in ricambio e qual equivalente della dote della sposa nel fine di stabilire una specie d'eguaglianza d'interessi nelle rispettive condizioni de' coniugi.

Il regime poi, che meglio di ogni altro sembra rispondere al concetto di una vera società coniugale ed all' essenza del matrimonio, si appalesa certamente nel sistema della comunione de' beni tra

coniugi, come quello che nella comunanza ed eguaglianza d'interessi rafferma e consacra l'unità e la comunanza d'esistenza e di affetti che il nodo coniugale stringe tra il marito e la moglie.

§ 2. Nelle legislazioni orientali, come quelle della Cina, dell'India antica, degli Ebrei, degli Assiri e Babilonesi, de'Sirii, degli Armeni, de' Maomettani e in tutte le legislazioni antiche, nelle quali il matrimonio riveste il carattere della compra della donna (1), non è la moglie che porta la dote al marito; ma invece si è il marito quegli che assegna la dote alla moglie, pagando a lei stessa o ai parenti il prezzo pattuito per la compra, nel quale appunto consiste la dote (2).

Presso gli Ebrei questa dote, detta *ketuba*, era obbligatoria da parte del marito, altrimenti il matrimonio non si reputava legittimo, ed a garantire la condizione della sposa, era vietato allo sposo di trattenersi un'ora sola con lei senza averle prima costituita la dote. L'ammontare di essa era fissato dal legislatore: non poteva essere minore di dugento zuzimi per una vergine e di cento per una vedova: non poteva però esigersi dalla moglie se non dopo la morte del marito o dopo il ripudio (3). Tale somma di dugento zuzimi era il prezzo uniforme della verginità o della pudicizia,

(1) Vedi sopra, Capo I § 2.

(2) GOGUET, Origine delle leggi ec. Lib I cap. 1 art. 1 p. 17.

(3) PASTORET, V. I p. 452, 453 — SALVADOR, T. II p. 115.



come dice la Scrittura (1), non altrimenti che il *morgengabe* de' popoli germanici.

Le donne passando a matrimonio potevano pure portare dalla loro famiglia de' beni particolari (*nedunia*): se il marito nel garentirne la restituzione si obbligava per l'identico valore pel quale gli aveva ricevuti, dicevansi *bona pecoris ferrei*, per significare che, si aumentassero o diminuissero durante il matrimonio, rimanevano per la moglie come il ferro, cioè sempre dello stesso valore (2).

In Egitto, dove fin da' tempi più antichi regnò una grande civiltà, la moglie, a differenza degli altri popoli orientali, non era comprata nè dotata dal marito; per contrario portava essa una dote, che doveva esserle assegnata dal proprio padre: così Salomone ricevè in dote la città di Gaza sposando la figlia di Faraone (3).

§ 3. Le legislazioni della Grecia de' tempi storici rivelano una società molto progredita in confronto de' tempi primitivi. L'antica compra della moglie, ch'era la forma di matrimonio ne' tempi eroici, disparve interamente e fu sostituita dal sistema della dote da parte delle mogli come in Roma. In Atene la costituzione della dote era ammessa generalmente ne' costumi e si riguardava qual elemento caratteristico del matrimonio; tuttavia

(1) Esod. XXI, 10.

(2) PASTORET, loc. cit.

(3) Lib. III Regum IX, 16.

non era dalle leggi imposta come obbligatoria, meno che pel più stretto parente di un'orfana, il quale, ove non l'avesse sposata, doveva, secondo la legge di Solone, assegnarle la dote di cinquecento dramme (1). Salvo quest' unica eccezione, Solone cercò di restringere ed abolire l'uso delle doti, vietando alle mogli di portare altro per dote ai mariti se non tre vesti e qualche oggetto mobile di poco valore; ma tali divieti, che si trovano in molte legislazioni greche e che tendevano ad impedire il lusso delle donne e a conservare i beni nelle famiglie, ebbero poco favore ne' costumi degli Ateniesi. Prevalse per l'opposto e si rese comune il sistema dotale, tanto che la dote divenne in Atene il carattere che distingueva il matrimonio legittimo dal concubinato, la vera moglie dalla concubina (2). Il marito non acquistava la proprietà, ma soltanto l'usufrutto della dote; ed a garentia della restituzione, i suoi beni mobili ed immobili erano soggetti ad un'ipoteca legale, la quale primeggiava su tutti i crediti posteriori (3). In caso di ripudio il marito doveva restituire la dote alla moglie ripudiata, e se ritardava, doveva soddisfare gl'interessi di nove oboli al mese. Se la moglie moriva senza lasciar figli, la dote doveva restituirsi a chi l'aveva

(1) DIODORO, Lib. XII c. 4.

(2) CAUVET, De l'organis. de la famille à Athènes, nella *Revue de leg. et de jurispr.* V. 24 p. 152 — PETIT. lib. VI tit. II § 1.

(3) CAUVET, p. 155.

costituita o agli eredi più prossimi di costui (1).

A Sparta le mogli solevano dotare i mariti come in Atene; ma Licurgo, temendo secondo Plutarco (2) che la ricchezza fosse un motivo di preferenza nella scelta della moglie e la povertà un ostacolo, proscrisse affatto l'uso delle doti. Il sistema dotale non poteva d'altra parte esistere con l'ordinamento della proprietà da lui stabilito, per lo quale, oltre all'interdizione dell'uso dell'oro e dell'argento, era vietato alle donne di acquistare e ad una famiglia di riunire nel suo patrimonio più porzioni di terra. Tale proibizione però, come tutte le altre di Licurgo, non fu osservata gran tempo: ben presto col progresso delle arti e del lusso le donne poterono acquistare proprietà considerevoli e portavano ricche doti ai loro mariti.

§ 4. L'uso della dote da parte della moglie si trova pure in altri paesi della Grecia antica e dell'Asia Minore, come nella Macedonia (3); in Creta, in Cipro, nella Lidia e presso i Fenicii. In Creta la dote di una donzella era dalla legge stabilita nella metà della porzione de' beni spettante al fratello (4). Ciò che vi ha di singolare si è che in Cipro (5), come nella Lidia (6) e presso i Feni-

(1) PETIT, Lib. VI tit. II § 5 e 6.

(2) PLUTARCO, Vita e Apotelemi di Licurgo.

(3) PASTORET, V. 2 p. 423.

(4) PASTORET, V. 1 p. 637.

(5) GIUSTINO, XVIII § 5.

(6) ERODOTO, I § 93.

cii (1), le donne recavano in dote ai loro mariti il prodotto della prostituzione, alla quale, sacrificando a Venere la loro verginità, si abbandonavano pubblicamente sino a che fossero giunte a procacciarsi la somma necessaria per costituirsi una dote.

Il sistema dotale era pure in uso presso i Marsigliesi: la dote, che la moglie poteva assegnare al marito, non doveva secondo le leggi eccedere cento monete di oro, all'infuori di altre cinque per gli abiti e di altrettante per gli ornamenti (2). Presso i Siciliani le donne andando a matrimonio portavano del pari una dote: così l'isola di Corcira fu data da Agatocle in dote ad una delle sue figlie pel matrimonio con Pirro re d'Epiro (3).

§ 5. In Roma l'uso della dote da parte della moglie si trova sin dai tempi più antichi: era un disonore pel padre il non poter costituire una dote alla figlia (4); onde in caso di bisogno dovevano a ciò contribuire i clienti (5). Il sistema dotale però non potè introdursi che nel matrimonio libero o senza *manus*; poichè in esso, rimanendo la moglie indipendente dalla potestà maritale e la fortuna di lei separata da quella del marito, era giuridicamente possibile per lei e regolare nel

(1) ALEXANDER AB ALEXANDRO, *Genialium Dierum* V. I, c. XXIV, p. 189.

(2) STRABONE, Lib. IV, c. 1.

(3) PLUTARCO, Vita di Pirro.

(4) CIC. pro Quint. c. 31.

(5) DIONIGI D'ALICARNASSO, Lib. II c. 10.

tempo stesso ch'ella co'patti nuziali assegnasse al marito a titolo di dote una parte de'suoi proprii beni per contribuire essa pure ai pesi della società coniugale. Nel matrimonio con *manus* per l'opposto la dote non era possibile, nè aveva ragione di essere; poichè, per effetto della *conventio in manum*, tutti i beni della moglie passavano con lei di pieno dritto nell'assoluto dominio del marito e si confondevano nel patrimonio di costui (1).

In origine il marito acquistava la piena proprietà della dote senza essere allo scioglimento del matrimonio obbligato di restituirla agli eredi della moglie; ma in progresso di tempo il favore del matrimonio e l'uso smodato de'divorzii portarono un gran cambiamento nel regime dotale, e, limitando i dritti del marito, assicurarono alla moglie la proprietà della dote, sia durante, sia dopo il matrimonio. Invero la costituzione della dote, che prima era solo un debito d'onore imposto dalla consuetudine, fu prescritta come obbligo giuridico pel padre e per coloro che avevano la potestà sulla donna (2). A facilitare poi alle donne con l'integrità delle loro doti i mezzi di rimaritarsi dopo che erano state col divorzio abbandonate dai mariti (3), fu ai tempi di Augusto tolta al marito la

(1) D'HAUTHVILLE, Du regime dotal chez les Romains, nella *Revue de legisl. et de jurispr.* T. 7 pag. 310.

(2) Dig. Lib. 23 tit. 2 fr. 19.

(3) Questo concetto appunto esprimeva l'aforismo sì noto di



facoltà di alienare la dote senza il consenso della moglie, ed anche quella d'ipotecarla tuttochè la moglie vi acconsentisse (1). Nello stesso fine s'introdussero le *cautiones rei uxoriae*, ossia i patti con cui al tempo del matrimonio si stipulava la restituzione della dote alla moglie in caso di divorzio, e quindi le *actiones rei uxoriae* con le quali il pretore suppliva con la sua autorità alla mancanza di tali patti (2). In appresso fu ammessa la restituzione della dote anche in altri casi, e specialmente nel caso di premorienza del marito. Ma d'altra parte, sia per la conservazione stessa della dote (3), sia pel divieto delle donazioni tra coniugi, fu vietato al marito di restituire la dote alla moglie durante il matrimonio (4). Sotto Giustiniano poi i dritti della moglie su' beni dotali furono pienamente definiti ed ottennero la maggiore garentia. Il marito non conservò più sulla dote che una proprietà temporanea limitata alla durata del matrimonio, mentre il vero dominio restò assicurato alla moglie senza riserva o restrizione. In fatti fu ammessa la restituzione della dote anche in caso di premorienza della moglie; fu esteso il divieto dell'alienazione anche ai fondi

Paolo: « Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint. » Dig. Lib. 23 tit. 3 fr. 2.

(1) PAUL. XXI § 2. Cod. Lib. V tit. 13 c. 15.

(2) AULO GELLIO, Lib. IV c. 3.

(3) D'HAUTHUILLE p. 323.

(4) Cod. Lib. V tit. 19 l. un. Nov. 22 c. 39.

provinciali, laddove per lo innanzi era limitato ai soli fondi italici; e si proibì l'alienazione anche se vi concorresse il consenso della moglie, *ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam* (1). Inoltre, a simiglianza dell'ipoteca legale stabilita a favore del pupillo su' beni del tutore, Giustiniano introdusse pel primo un'ipoteca legale a favore della moglie per garentia della dote su tutti i beni del marito, mentre per lo innanzi la moglie non godeva che di un semplice privilegio (*privilegium exigendi*) su'creditori chirografarii (2).

La costituzione della dote non era una condizione giuridica necessaria per la validità del matrimonio, ma nell'uso si presumeva che niuno avrebbe tolta in moglie una donna senza dote (3). D'altra parte in Roma, come in Grecia, la dote fu considerata come il segno caratteristico per distinguere il matrimonio dal concubinato (4); dappoichè il matrimonio, essendo stabilito sul suo consenso de'contraenti, poteva facilmente, ove non fosse accompagnato dalla dote, essere scambiato pel concubinato, mentre non v'era modo da accertare se

(1) Cod. V, 13 c. 6, 15.

(2) MAYNZ, T. 2 p. 497.

(3) Dig. Lib. 49 tit. 8 fr. 25 § 1.

(4) PLAUTO, *Trinum. Act.* III sc. 2 v. 62-65.

*Nolo ego mihi te tam prospicere qui meam egestatem leves,  
Sed ut inops infamis ne sim, ne mi hanc famam differant,  
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi  
Sic sine dote dedisse, magis quam in matrimonium.*

il consenso si fosse prestato per l'una o per l'altra unione.

Tanto lo sposo quanto la sposa sollevano prima del matrimonio farsi delle donazioni o regali di nozze, *donationes ante nuptias*: queste donazioni da principio nulla avevano che le distinguesse da ogni altra donazione; ma sotto gl'imperatori cristiani acquistarono un carattere particolare, quello cioè di una specie di controdote, simile all' *αντι-φερνη* de' Greci, che lo sposo faceva alla sposa in corrispettivo di quanto egli riceveva con la dote. Così si applicarono ad esse tutti i principii che regolavano la dote: donde seguì che, al pari di questa, potevano aver luogo anche durante il matrimonio; e perciò da Giustiniano furono, anzichè *donationes ante nuptias*, denominate più propriamente *donationes propter nuptias* (1). Nella raccolta di consuetudini romane, conosciuta sotto il titolo di *Petri exceptiones*, sono con le parole seguenti scolpiti i caratteri di tali donazioni: « Dos potest  
« fieri sine donatione propter nuptias, sed donatio  
« propter nuptias non potest fieri sine dote. Sed ta-  
« men cum dos ab uxore datur et a viro propter  
« nuptias donatio, et in quantitate et in pactis  
« debent esse pares (2). »

Dalle donazioni *ante nuptias* o *propter nuptias*, debbono poi distinguersi le donazioni ordinarie,

(1) Cod. Lib. V tit. 3 c. 19, 20.

(2) *Petri Exceptiones* I § 43. Vedi LABOULAIE p. 45.

le quali, permesse a tutti, lo erano da principio anche tra marito e moglie. Infatti la legge Cincia, che rimonta verso l'anno 550 di Roma, mostra che le donazioni tra coniugi erano ricevute dall'uso e pienamente permesse dalle leggi (1). Ma nei tempi susseguenti, quando la licenza de' divorzii rendeva precarii tutti i matrimonii, invalse la consuetudine di considerare come nulle le donazioni (2) che un coniuge facesse durante il matrimonio a favore dell'altro: onde furono severamente vietate; imperocchè, come dice Sesto Cecilio, poteva avvenire che l'avidità di un coniuge fosse per l'altro causa o minaccia di divorzio, ove questi si mostrasse ritroso a fargli donazione (3). Questo rigore fu poi moderato sotto Caracalla, ammettendosi come valide le donazioni tra coniugi nel caso che il donante morisse senz'averle rivate (4).

§ 6. Presso i Germani, come nota Tacito, era il marito che dotava la moglie. *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui ac munera probant* (5). Questa dote recata dal marito alla moglie, che rivela il regime primitivo de' beni nel matrimonio, trovasi in tutte

(1) FRAGM. VATICANA § 302.

(2) Moribus receptum est, dice ULPIANO Dig. L. 24 tit. 1 fr. 1.

(3) « Quia saepe futurum esset ut discuterentur matrimonia si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum ut venalitia essent matrimonia. » Dig. L. 24 t. 1 fr. 2.

(4) Dig. L. 24 t. 1 fr. 32.

(5) De morib. German. c. 18.

le leggi barbare di Europa : essa aveva varie denominazioni , ora *pretium cantionis*, *nuptiale pretium*, ora *dos* o *arrhae* come nelle leggi de' Visigoti, *wilteman* nelle leggi de' Borgognoni, *metha* o anche *sponsalitium* nella legge longobarda, *mundr* nelle antiche leggi scandinave, *ceap*, *scaet*, *gyft* in quelle anglosassoni (1). Era similmente sotto il nome di *wiano* o *wieno* conosciuta nelle leggi de' popoli slavi, e consisteva per lo più in oggetti mobili, che si davano in piena proprietà alla sposa; ma poteva pur comprendere degl' immobili. A Libussa regina di Boemia furono dati per dote trecento buoi e cento vacche (2).

In origine la dote recata dal marito non era che il prezzo ch'egli pagava a' parenti della sposa per la compra di lei o la composizione del ratto; ma in progresso di tempo, quando cadde in desuetudine l'antica compra, questa dote maritale venne a significare un dono che lo sposo faceva alla sposa in segno del vincolo che si stringeva fra loro, e perciò fu assegnata direttamente alla sposa in tutto o in parte, secondo la diversa personalità che le leggi riconoscevano nella donna. In difetto di convenzione alcune leggi determinarono l'ammontare della dote, altre si rimettevano alla consuetudine. La dote non era stabilita soltanto a vantaggio della moglie, ma ancora de' figli; onde nel-

(1) GRIMM, p. 422, 423.

(2) MACIEIOWSKI, T. II § 193.



l' esistenza di questi non apparteneva alla moglie che in semplice usufrutto. Nella mancanza di figli era, secondo alcune leggi, come quelle de' Visigoti e de' Longobardi, attribuita agli eredi del marito; secondo altre, come quelle degli Alemanni, de' Bavari e de' Franchi Ripuarii, spettava agli eredi della moglie; altre poi, come i capitolari dei re franchi, stabilivano doverli dividere tra le due famiglie, cioè tra il coniuge superstite e gli eredi del coniuge predefunto (1).

L'uso di siffatta dote maritale si mantenne per molto tempo ne'varii paesi come il regime ordinario de'beni nel matrimonio. In Alemagna si hanno non solo nel secolo decimo, ma anche nel secolo decimoterzo chiari ed illustri esempi di questo sistema, come rilevasi da varii istrumenti dotali stipulati pe' matrimonii dei sovrani e co'quali questi assegnavano in dote alle loro spose della città o provincie intere: così Ottone il Grande offrì in dote a sua moglie la città di Brandeburgo, ed Enrico II diè per dote a sua moglie Cunegonda la città di Bamberg (2). In Francia si trovano esempi di costituzione di dote da part. del marito anche nel secolo decimoquarto (3).

§ 7. Oltre la dote la moglie riceveva dal ma-

(1) KOENIGSWARTER, Histoire de l'organisation de la famille en France. p. 129, 130.

(2) EINECCIO, Elem. jur. german. lib. 1 § 186, 240.

(3) In un istrumento del 9 novembre 1363 si legge: « Dictus

rito una donazione detta il dono del mattino, *morgengabe*, *matutinale donum*, *pro bono mane*, che le si dava l'indomani delle nozze *ob praelium defloratae virginitatis*, detto pure *pretium pulcritudinis*. Siffatta donazione trovasi consacrata in tutte le leggi de' popoli germanici, all'infuori de' Visigoti e de' Bavari, come pure nelle leggi scandinave sotto il nome di *morgungiof*, *hinderdagsgiaf* (1). Si ritrova egualmente nella razza celtica, come si desume delle antiche consuetudini galliche, le quali fanno menzione della donazione detta *cowyllh*, tradotta per *covered*, cioè dono della covertura, che esprime precisamente il prezzo della verginità, la soddisfazione dello sposo (2). Simile donazione era pur conosciuta dai Greci del basso impero sotto il nome di *theoretrum*, che si dava appunto in segno della verginità; onde si rifiutava alla vedova (3), alla quale parimenti non si dava il *morgengabe*, ma si faceva un'altra donazione detta in alcune consuetudini svizzere *abendgab*, dono della sera, o *lippeding* (4). Sembra che questa consuetu-

Hugo Ademar is assignat in dotem dictae dominae Catharinae, videlicet quinque millia florenorum auri de Florentia. » GINOULHIAC, Histoire du reg. dot. p. 375.

(1) GRIMM, p. 441, 442.

(2) KOENIGSWARTER, p. 41.

(3) « Virgo propter honorem virginitatis habet theoretrum; vidua vero non habet, sed pactum dumtaxat hypobolum atque arras. » HARMENOPOL. Promptuar. jur. Lib. 4 tit. X, 7.

(4) GINOULHIAC, p. 202.

dine del dono del mattino fosse stata praticata anche dai Romani, come emerge da una satira di Giovenale (1).

Essa neppure era ignota ai popoli slavi: presso i medesimi il marito solleva, oltre il *wiano*, offrire alla moglie un altro donativo, detto aggiunzione al *wiano* (*przywianek*), che in alcuni paesi, come in Russia e in Lituania, era chiamato donazione per la corona verginale (*crinile*), denominazione che secondo alcuni rivela precisamente lo stesso concetto del *praelium virginitatis* (2).

Il *morgengabe* non era ordinariamente determinato dalle leggi, essendo lasciato all'arbitrio del donante; ma presso i Longobardi secondo una legge di Liutprando non poteva mai eccedere la quarta parte de' beni del marito (3).

Il dono del mattino si conservò nel medio evo in tutte le leggi e consuetudini de' diversi popoli di Europa, nella Spagna, nella Svizzera, ne' Paesi Bassi, in Francia, in Italia, ed anche attualmente trovasi in uso in Alemagna presso i nobili

(1) Satira VI v. 199.

Si tibi legitimis pactam junctamque tabellis  
Non es amaturus, ducendi nulla videtur  
Causa, nec est quare coenam et mustacea perdas  
Labente officio crudis donanda, *nec illud*  
*Quod prima pro nocte datur*, cum lance beata,  
Dacicus et scripto radiat Germanicus auro.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 285, 290.

(3) LIUTP. II § 1.

ed i paesani restati più fedeli agli usi antichi(1).

§ 8. In progresso di tempo il *morgengabe*, abbandonando la significazione primitiva di un compenso per la deflorazione, venne ad esprimere un concetto più elevato e positivo, quello cioè di provvedere alla sussistenza della moglie pel tempo della sua vedovanza; mentre divenne generale l'uso di assegnare a tale scopo alla moglie nel contratto stesso di matrimonio, sotto la forma sia del *morgengabe*, sia di altra donazione, una parte dei beni del marito. Tali assegnazioni in favore della vedova, le quali non erano dapprima che facoltative, divennero in appresso obbligatorie; poichè le leggi, elevando a precetto la consuetudine, attribuirono generalmente alla moglie una porzione determinata de' beni del marito sempre che costui non le avesse fatta la donazione del *morgengabe* o altra equivalente: il che risulta da ciò che questa porzione legale a favore della vedova in nessuna legge barbara, all'infuori di quella de' Borgognoni, si trova ammessa simultaneamente col *morgengabe* (2).

Questa porzione a favore della vedova, la quale differiva secondo che costei rimaneva sola o con figli, trovasi ammessa generalmente in quasi tutte

(1) LABOULAIE p. 127 e seg.

Nella Spagna e precisamente in Catalogna si nominava *screix* e in Valenza *greix*; in Francia dicevasi *osculum*, *osclium*; perchè soleva essere accompagnato da un bacio. GRIMM, p. 443.

(2) KOENIGSWARTER, p. 133, 134. GINOULHIAC, p. 226.

le leggi barbare (1), anche in quelle de' Visigoti e in quelle de' Bavari che non facevano menzione del *morgengabe*. Le prime assegnavano alla vedova l'usufrutto di una parte virile nell'esistenza dei figli, e inoltre attribuivano al coniuge superstite su' beni acquistati dall'altro una parte proporzionata a' beni da lui recati al coniuge defunto (2). Le seconde assegnavano del pari alla vedova una porzione de' beni in usufrutto proporzionata al numero de' figli, e in mancanza di figli l'usufrutto della metà de' beni acquisiti, *medietatem pecuniae* (3).

Anche le leggi de' popoli slavi garentivano efficacemente la condizione della vedova, ammettendola sempre a partecipare ai beni del marito. Così secondo i principii consacrati dalle leggi di Russia, di Polonia, di Lituania, di Ungheria e di Boemia la vedova aveva il dritto di rimanere in possesso e godere insieme ai figli dell'usufrutto de' beni del defunto marito sino a che non se ne fosse mostrata indegna. Se viveva separata dai figli o si rimaritava, ovvero se non rimanevano figli dal matrimonio, poteva pretendere da questi o dagli eredi del marito la restituzione di tutti i

(1) Nelle leggi franche era fissata al terzo de' beni acquisiti. « Et tertiam partem de omni re quam simul coulaboraverint, vel quidquid ei in morgangeba traditum fuerit. » Lex Ripuar. t. 37 § 2.

(2) Leg. Wisig. Lib. IV tit. 2 § 14 e 16.

(3) Lex Bajur. Tit. XIV c. 6 c. 9 § 1.



beni da lei portati nel passare a matrimonio, ed inoltre il quarto o il terzo dei beni del marito o una porzione virile nella successione. Essa conservava il dritto ad una parte de'beni del defunto coniuge anche quando niuna dote gli avesse recata: lo statuto di Lituania accordava in questo caso alla vedova il possesso della terza parte de'beni del marito sino a che non si fosse rimaritata. Lo statuto di Massovia disponeva che per qualsiasi pretesto mai non potrebbe la vedova essere allontanata dalla casa del defunto marito durante lo spazio di un anno e sei settimane dalla morte di lui (1). In Ungheria quando la vedova non aveva figli poteva pretendere dai parenti del marito, oltre la restituzione della dote da lei recata, anche le spese della sepoltura: da ciò nascevano sovente gravi contese, durante le quali il cadavere del marito rimaneva insepolto (2); onde fu disposto che siffatte quistioni tra la vedova e gli eredi del marito dovessero in modo sommario esser decise fra il termine di otto giorni dopo la morte (3).

§ 9. L'antico prezzo di compra della moglie, *pretium nuptiale* o *pretium emptionis*, essendosi poi trasformato in un dono esprimente il vincolo dell'unione matrimoniale, venne a costituire la dona-

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 211 a 215. T. IV § 286 a 291.

(2) « Viduae inhumata corpora maritorum et filiorum ad evitandas dotis excisiones diutius detinent. »

(3) MACIEIOWSKI, T. IV § 289 p. 395.

zione detta *doarium*, *douaire*, *dotario* e anche *dos* (1), ossia la dote dei tempi barbari, la quale, poichè accennava alla stabilità dell'unione coniugale assicurando il sostentamento della moglie anche pel tempo in cui il matrimonio sarebbe sciolto, divenne, come la dote romana ne' tempi corrotti dell'impero, l'elemento caratteristico che distingueva il matrimonio legittimo dal concubinato, la vera moglie dalla concubina. Onde ne' tempi barbari il dotario fu da' diversi concilii (2), e sul loro esempio anche da' capitolari e da altre leggi civili, imposto come obbligatorio (3), ritenendosi il segno costitutivo dell'unione matrimoniale rimpetto alla chiesa e alla società, senza il quale nè la moglie nè i figli potevano considerarsi legittimi (4). Generalmente fu stabilito doversi il dotario costituire dallo sposo alla porta della chiesa, *ad ostium ecclesiae*, in presenza del sacerdote; onde ebbe origine l'uso del dotario fittizio, che si conservò nella liturgia della chiesa fino al secolo decimosesto (5).

(1) GINOULHIAC, p. 208 a 210, 325.

(2) *Nullum sine dote fiat coniugium*, diceva il concilio d'Arles dell'anno 524.

(3) Capit. Lib. VII c. 179. « Tunc per consilium et benedictionem sacerdotis et consultis aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet. » Vedi CANGIANI T. III p. 223.

(4) Esso era definito: « Quod liber homo dat sponsae suae ad ostium ecclesiae propter nuptias futuras et onus matrimonii et educationem liberorum cum fuerint procreati si vir praemoriatur. » DUCANGE v. *Dos*, *Doarium*.

(5) KOENIGSWARTER p. 174. GINOULHIAC p. 240. Secondo un

Anche presso gli Scandinavi, come si rileva dalle leggi di Svezia, Norvegia e Danimarca; il *mundr*, antico prezzo di compra, confondendosi poi col *morgengabe*, venne ad indicare il segno e la pruova giuridica della qualità di moglie e di figli legittimi; senza la costituzione di esso la moglie non reputavasi che concubina, e nè essa nè i figli avevano dritto di successione; mentre le leggi dichiaravano abili a succedere e legittimi solo i figli della sposa acquistata per mezzo del *mundr* o dono delle nozze (1).

Il dotario si distingueva in convenzionale e in legale o consuetudinario: il primo era stabilito dai patti, il secondo dagli statuti e dalle leggi. Questo era ordinariamente fissato nella metà o nel terzo dei beni del marito; ed era precisamente quella parte di beni, che in proprietà o in usufrutto le leggi e gli statuti municipali a titolo di dotario legale attribuivano in diverse proporzioni alla moglie pel caso di sua vedovanza, quando il marito niun dotario le aveva assegnato nelle convenzioni nuziali. In Francia il dotario legale fu

rituale di Reims il prete prima della benedizione nuziale doveva far mettere dallo sposo alcune monete nelle mani o nella borsa della sposa. A Parigi prima del matrimonio il prete soleva benedire una moneta, che lo sposo dava alla sposa *in signum constitutae dotis*. LEBBÉ, Liturgie catholique v. *Mariage*.

(1) D' OLIVECRONA, De la communauté des biens entre époux d'après les lois scandinaves, nella *Revue critique* etc. T. XV, p. 225, 226, 227.

stabilito sotto Filippo Augusto, che lo fissò alla metà dei beni che il marito aveva al tempo del matrimonio (1). In Inghilterra fu consacrato nella *Magna Charta* e fissato pure al terzo: *Assignetur autem ei (viduae) pro dote sua tertia pars totius terrae mariti sui, quae sua fuit in vita, nisi de minori dotata fuerit ad ostium ecclesiae* (2).

Se il dotario era legale, la moglie n'era investita di pieno dritto alla morte del marito; ma se invece era convenzionale, doveva domandarne giudiziariamente il possesso agli eredi di lui (3). Ciò dava luogo a processi pieni di difficoltà, i quali secondo i costumi del tempo erano spesso decisi per mezzo del duello, come stabiliva la legge degli Alemanni (4): onde seguì che le mogli, per non correre i rischi di una lite e qualche volta anche del duello, si tennero più generalmente al dotario legale, che non poteva loro essere contrastato, e che naturalmente tolse ogni importanza al dotario convenzionale (5).

Il dotario in origine non poteva costituirsi sopra i feudi, poichè al vassallo non era dato di imporre de' pesi sul feudo a lui concesso (6); ma

(1) GINOULHIAC, p. 325.

(2) *Magna Charta*. Ved. CANCIANI, T. IV p. 418.

(3) LOISEL, *Inst. coutum.* L. 1 tit. III § 10 e 11.

(4) Tit. LVI § 1.

(5) LABOULAIE, p. 268.

(6) *Consuet. feud.* II, 9 § 1. Così fu pure deciso da Innocenzo III. *Decr. Lib. IV tit. 20 c. 6.*

in progresso di tempo 'il favore del matrimonio temperò il rigore della legge feudale, e fu permesso in favore della vedova nobile di stabilire il dotario anche sul feudo, come tra le altre leggi disponevano le costituzioni di Ruggiero e di Federico II (1): Indi s'introdusse anche ne' feudi principeschi, cioè nelle famiglie reali, e mentre a poco a poco andò in desuetudine fra le famiglie borghesi, si mantenne a lungo e fu molto comune fra le famiglie nobili e feudali così in Inghilterra come in Francia e in Alemagna (2).

In Italia secondo il dritto longobardo non era riconosciuto il dotario, ma ne teneva luogo l'antico *morgengabe*, che confondendosi con esso venne a costituire una specie di dotario legale; dappoichè la donazione del *morgengabe*, la quale da principio era facoltativa ed arbitraria, divenne in progresso di tempo obbligatoria, onde fu pure detta *justitia secundum legem*, ovvero *quarta*, consistendo ordinariamente nella quarta parte de' beni del marito (3). Nel regno di Napoli, per coloro che vivevano secondo il dritto longobardo, era in uso il *morgengabe* o la *quarta*; ma quelli che vivevano secondo il dritto de' Franchi, usavano invece il dotario, il quale, importato dai Normanni con le loro con-

(1) Const. Regni Sic. Lib. III tit. XIII e XV.

(2) LABOULAIE, p. 275.

(3) MURATORI, Dissertazioni sulle antichità italiane T. 1, diss. XX, p. 191.



suetudini, successe e si sostituì al *morgengabe* o *quarta* (1).

§ 10. Presso i Germani come presso gli altri popoli anche la donna passando a marito soleva portar seco qualche cosa ricevuta dalla casa paterna. Questi peculii avevano nelle leggi barbare diverse denominazioni: così nelle leggi longobarde ed anglosassoni dicevansi *faderfum*, *faderhingseof*, cioè beni paterni; nelle consuetudini francesi *mariage*, *mariage avenant*, *maritagium*; altre leggi gli indicavano spesso con circonlocuzioni, ma non mai col nome di *dos*, *dote* (2). Ordinariamente consistevano in soli oggetti mobili o in bestiami; dappoi- chè le donne erano in generale escluse dalla successione della terra. E fu questa precisamente la ragione della persistenza della dote maritale presso i popoli germanici e settentrionali; mentre in un'epoca, in cui ogni ricchezza consisteva ne' beni territoriali, era necessario che i mezzi per sovvenire a' bisogni della famiglia e della moglie nella sua vedovanza fossero recati dai mariti, soli possessori di tali beni. In progresso di tempo, accumulandosi le ricchezze e cominciando le donne ad essere ammesse alla successione della proprietà

(1) *Jure Francorum dotarium succedit loco quartae, nam jure Regni quarta debetur uxori soluto matrimonio ex morte tantum viri et uxore superstite. Constit. Regni Sic, Lib. III tit. XVI, glossa.*

(2) KOENIGSWARTER, p. 133.

fondiaria, i peculii ch' esse recavano passando a marito cominciarono a divenire sempre più frequenti e importanti, e quindi per la crescente influenza del dritto romano vennero ad assumere il carattere proprio e il nome della vera dote romana, *dos*; laddove l'antica dote germanica o dotario si trasformò a poco a poco nella donazione *propter nuptias* e si confuse col *morgengabe* (1). A tal modo il progresso della civiltà e il miglioramento della condizione delle donne introdussero nelle legislazioni verso il secolo XII il regime dotale propriamente detto, cioè la costituzione della dote da parte delle mogli ai mariti; e questo regime fu quello che generalmente prevalse nella maggior parte di Europa, come nella Francia meridionale, in Italia, nella Spagna, nel Portogallo, nella Germania (2), presso gli Slavi e ne' paesi scandinavi.

§ 11. Ne' paesi slavi la dote che il padre ordinariamente solea costituire alla figlia che andava a marito, dicevasi *posag*; in Russia denominavasi *pridannoie*, e poteva comprendere non solo le cose, ma anche gli schiavi (3).

Il marito non poteva disporre della dote senza il consenso della moglie e de' figli e talora senza quello de' parenti della moglie (4). Le leggi garen-

(1) EINECCIO, Lib. I § 241 e 243.

(2) Id., § 248.

(3) MACIEIÓWSKI, T. IV § 290.

(4) Id., § 282.

tivano in ogni maniera i dritti della moglie per la conservazione e la restituzione de' beni dotali: onde prescrivevano che la dote, come il dono nuziale (*wiano*), dovesse essere iscritta ne' registri fondiarii. Le leggi di Polonia e specialmente lo statuto di Lituania accordavano alle donne maritate un'ipoteca legale su' beni de' mariti per garanzia delle loro doti, e, non altrimenti che le leggi russe ed ungheresi, niun dritto sulla dote attribuivano a'creditori del marito (1). Le leggi di Boemia poi destinavano un tutore (*interceptor, przyemca*) alla dote e al dono nuziale, affinchè vegliasse alla loro conservazione nell'interesse della moglie e de' figli; egli assumeva sopra di sè la responsabilità della perdita o del deterioramento dei beni coniugali (2).

Inoltre le leggi polacche dichiaravano imprescrittibili i beni dotali, e stabilivano che, ove il marito avesse consentito all'alienazione delle terre gravate dall'ipoteca legale a favore della moglie, tali ipoteche dovrebbero di pieno dritto reputarsi trasferite sulla metà degli altri immobili di proprietà del marito (3).

§ 12. Nel dritto scandinavo il sistema della dote da parte della moglie al marito esisteva da tempo

(1) Id. § 289, 290.

(2) Id. § 291.

(3) WOŁOWSKI, Coup d'oeil sur la législation polonaise, nella *Revue de legisl. et de jurisp.* T. 8 p. 90.

antico allato a quello della comunione de'beni. A differenza dei Germani, i quali non conoscevano in origine la dote portata dalla moglie, ma quella assegnata a lei dal marito, il *morgengabe* e il dotario, gli Scandinavi ammettevano contemporaneamente l'una e l'altra istituzione, il *mundr*, prezzo di acquisto o dotario, che si pagava dal marito, e la dote (1) (*heimansfylgia*, *heimanferd*), la quale si recava dalla sposa e doveva essere fissata dallo *sponsor* di lei nella convenzione degli sponsali (2). Il marito durante il matrimonio godeva de' beni costituiti in dote e poteva pure alienarli: ma allo scioglimento del matrimonio aveva l'obbligo di restituirli in natura, ovvero in altri equivalenti, che doveva sostituire a quelli alienati (3). Così tale sistema conciliava ad un tempo la libertà de' coniugi con la garentia delle famiglie e de' terzi. L'uso della dote da parte della moglie era poi sì generale tra gli Scandinavi, che l'antico prezzo di compra, *mundr*, si ebbe, oltre il significato di un dono per l'acquisto della sposa, anche il carattere di un compenso per l'usufrutto della dote che il marito godeva durante il matrimonio (4).

§ 13. Nell'Inghilterra non fu riconosciuto dalla legislazione il sistema dotale romano o moderno,

(1) LAFERRIÈRE, Histoire du droit français T. V p. 642.

(2) D'OLIVECRONA, p. 229, 233.

(3) LAFERRIÈRE, p. 643 — D'OLIVECRONA, p. 224.

(4) D'OLIVECRONA, p. 224.

e sino ai giorni nostri si mantenne il sistema del dotario assegnato dal marito alla moglie; ma d'altra parte il matrimonio secondo la legge inglese produce di pieno dritto a favore del marito una donazione di tutti i beni mobili o personali della moglie, poichè questi per effetto del matrimonio divengono proprietà libera e assoluta del marito stesso. I beni reali o immobili rimangono in proprietà della moglie, ma il marito ne conserva l'usufrutto durante il matrimonio, e se da questo nascono de'figli, egli, giusta la consuetudine detta dritto *de curtesy d'Angleterre*, può goderne l'usufrutto durante la sua vita anche dopo la morte della moglie (1).

§ 14. La costituzione della dote da parte delle donne che passavano a marito divenne ne' paesi di Europa, che ammisero il regime dotale, non solo una consuetudine comune ed ordinaria, ma anche un obbligo giuridico pe' parenti della sposa. Nei paesi di dritto scritto in Francia (2) e nella Spagna tale obbligo, conformemente al dritto romano, fu imposto al padre verso la figlia; e nella Spagna lo stesso obbligo secondo le *Siete Partidas* stava pure per la madre ebrea, maura o eretica verso la figlia cristiana (3).

(1) BLACKSTONE, T. II p. 509, 514. T. III p. 418 e seg. Dz S. JOSEPH, Concordance etc. T. III p. 267.

(2) GINOULHIAC, p. 140.

(3) LABOULAIE, p. 423.



Negli altri paesi però l'obbligo di dotare le donne non fu in generale stabilito rimpetto al padre e molto meno rimpetto alla madre, ma bensì rimpetto ai fratelli; dappoichè costoro ereditavano ordinariamente essi soli i beni paterni ad esclusione delle sorelle, e perciò era giusto che co' beni della successione fornissero come compenso alle sorelle i mezzi necessari per il loro collocamento. Così gli usi nobili di Alemagna, alcune consuetudini francesi (1), la costituzione *In aliquibus* di Federico II, prescrivevano dovere le sorelle essere dotate dai fratelli, e l'ultima imponeva quest'obbligo anche ai nipoti verso le loro amite, cioè le sorelle del padre defunto (2). Una consuetudine napoletana stabiliva sul proposito che le sorelle e le zie, ove avessero raggiunta l'età di sedici anni senza essere state convenientemente dotate dai fratelli e dai nipoti, dovrebbero in tal caso essere equiparate ai maschi e dividere egualmente con essi la successione avvalendosi di un dritto che con barbara voce dicevasi *dritto di masculiazione* (3).

Negli statuti delle città italiane era generalmente riconosciuto il dritto della figlia ad essere dotata dal padre o da' fratelli su' beni de' genitori; ma nel tempo medesimo invalse dovunque il principio di

(1) LABOULAIE, p. 242.

(2) Const. Regni Sic. Lib. III tit. XXVI.

(3) MAFFEI, Institut. jur. civ. neapolit. V. 2 p. 39, 54.

ritenere la dote come legittima , di maniera che le donne dotate non potevano null'altro pretendere nella successione paterna. Il sistema dotale era poi così generale, che alcuni statuti, come quello di Piacenza, stabilivano che se la moglie non avesse portata seco alcuna dote, tutti i beni parafernali di lei dovrebbero ritenersi dal marito come beni dotali (1).

Presso gli Slavi egualmente le leggi non imponevano ai genitori , ma bensì ai fratelli l'obbligo di costituire una dote alle sorelle su' beni della successione paterna. In difetto di fratelli, le sorelle cadette dovevano esser dotate dalle sorelle maggiori. In Russia la dote , ove fossero mancati i fratelli , era alla figlia costituita dal principe, il quale però prendeva in tal caso il resto della successione. La quantità della dote doveva essere la stessa di quella che il padre aveva durante la sua vita assegnata ad un'altra sorella; ove non vi fosse

(1) GANS, Dritto di successione nella storia italiana , traduz. di A. Turchiarulo p. 86, 87, 91.

Ricordano Malispini (Storia Fiorentina) fa conoscere quali erano le doti che nel principio del secolo decimoterzo si davano in Firenze alle fanciulle da marito. « Libbre cento era comune dotè e libbre duecento o trecento era tenuta a quel tempo grandissima dote, avvegnachè il florino d'oro valea soldi venti. » E Muratori, *Rerum italicarum scriptores* c. XVI , parlando delle doti che si davano a Piacenza nel secolo decimoquarto, dice: « Magnae dotes nunc oportet dari. Et communiter nunc dantur in dotem Floreni CCCC et Floreni D et Floreni DC auri et plus. » Vedi DE GUBERNATIS, Storia comparata degli usi nuziali, p. 108.

stata altra sorella dotata dal padre, la dote si stabiliva in ragione della dignità e delle sostanze della famiglia. In Lituania la quantità della dote, che i fratelli dovevano assegnare alle sorelle, era fissata alla quarta parte delle sostanze paterne e materne. Anche nei paesi slavi, come in Polonia, in Boemia, in Moravia, nella Slesia, era generale il principio che la figlia dotata dal padre dovesse contentarsi della dote da lui ricevuta senza poter null' altro pretendere su' beni della successione. Però in Ungheria alla figlia, oltre la dote da parte del padre o de' fratelli, competeva altresì il quarto de' beni nell' eredità paterna (1).

§ 15. L' uso della dote e il favore del matrimonio si estesero per modo da mitigare il rigore del sistema feudale, come era avvenuto pel dotario, ammettendosi generalmente che per costituire la dote si potesse anche obbligare il feudo. Così una legge di Guglielmo II di Napoli permise ai fratelli di obbligare una parte del feudo per dotare le sorelle, e, ove avessero tre feudi, di assegnarne uno per dote (2).

Secondo alcune leggi, come quelle degli Alemanni, gli stabilimenti di S. Luigi e molti statuti del medio evo, questa parte del feudo assegnata in dote alla moglie restava, alla morte di essa, in usufrutto al marito se dal matrimonio rimanevano fi-

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 212, 214. T. IV § 279, 281.

(2) Const. Regni Sic. Lib. III tit. XVII.

gli, non altrimenti di ciò che stabiliva il dritto *de curtesy* presso gl'Inglesi (1). Del resto ai signori feudali non riusciva molto oneroso il dotare le loro figliuole; dappoichè uno de' pesi ordinarii del feudo da soddisfarsi dai vassalli era precisamente quello della dote delle figlie del signore, ordinariamente della sola primogenita. Queste contribuzioni si chiamavano *aides* in Francia e in Inghilterra, *maritagia* in Germania, e più tardi *fraulein-steuer* (tassa delle fanciulle) (2). Erano soddisfatte da tutti gli abitanti della signoria, e così anche i sovrani le esigevano sotto il nome di *collette* dai loro sudditi in occasione de' matrimonii delle principesse di loro famiglia (3).

§ 16. Nei paesi dove il sistema dotale era il regime ordinario del matrimonio, si trova allato alla dote portata dalla moglie al marito una donazione che il marito faceva alla moglie come corrispettivo e compenso della dote da lei ricevuta: perciò a differenza del dotario, il quale era indipendente da qualunque donazione o dote da parte della moglie, siffatta donazione o controdote del marito non aveva luogo se non quando la donna nel passare a matrimonio avesse portata una dote, ed era per lo più determinata in proporzione di questa (4). Tale donazione, che in sostanza era la do-

(1) LABOULAIE, p. 219, 220.

(2) Id. p. 221. e seg.

(3) EINECCIO, Lib. 1 § 243.

(4) CESARE avea notato un uso simile presso gli antichi Galli:

*nalio propter nuptias* de' Romani degli ultimi tempi, si ritrova anche presso i Greci del basso impero sotto il nome di *υπεβολον*, e consisteva appunto in quei beni che il marito donava alla moglie pel caso di vedovanza in proporzione della dote da lei ricevuta. La quantità di essa era determinata dalle convenzioni; in difetto di queste era dapprima fissata alla metà, poi fu ridotta al terzo della dote (1).

In Francia siffatta donazione aveva varii nomi, *donatio propter nuptias*, *dotalitium*, *sponsalitium*, *agentiamientum* o aumento della dote: a differenza del dotario, il quale non era che vitalizio, essa apparteneva alla moglie in proprietà e restava alla vedova anche senza stipulazione espressa (2). Tale aumento della dote esisteva pure in Germania sotto il nome di *verbesserung* (3), e ne' paesi scandinavi, dove era denominato *gagngjald*, *pridiungsauki* o *tilgiof*, termini che esprimono precisamente una controprestazione della dote, *bona quae sponsus phernis seu doti sponsae opposuerat*, e che era fissata in una certa proporzione con la quantità della dote (4).

«Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, aestimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniae coniunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.» *Comment. Lib. VI c. 19.*

(1) HARMENOPULO, *Prompt. Jur. Lib. IV tit. X, 3, 4.*

(2) KOENIGSWARTER, p. 207.

(3) EINECCIO, *Lib. I § 246.*

(4) D' OLIVECRONA, *op. cit. p. 224, 232, 236.*



L'uso medesimo era parimenti conosciuto dalle leggi slave : esse disponevano che il marito , il quale aveva ricevuto la dote (*posag*) dalla moglie, dovesse in ricambio costituire a favore di lei una controdote o un dono nuziale di un valore eguale o proporzionato all'ammontare della dote. Questa donazione era detta *wiano*; in Polonia, in Lituania e in Massovia si denominava *oprawa* (*reformatio*); doveva per la sua validità essere iscritta ne' registri fondiarii, ed era dalle leggi garentita con le stesse disposizioni che concernevano la dote (1). Il *wiano* o controdote non competeva alla moglie che nel caso che avesse recato una dote al marito (2). Le leggi di Ungheria nel determinarne l'ammontare distinguevano se la moglie fosse una vergine o una vedova: alla vergine competeva una donazione eguale al *posag* da lei recato; alla vedova di un primo marito si dava la metà , a quella di un secondo marito il quarto ed alla vedova di un terzo l'ottavo (3). Le leggi di Boemia prescrivevano che alla vergine dovesse assegnarsi una controdote non solo eguale, ma superiore della metà o del terzo al valor della dote. Lo statuto di Lituania poi dispensava lo sposo dall'obbligo della controdote se la sposa fosse una vedova (4).

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 282, 286.

(2) Id. T. IV § 286.

(3) Id. T. IV § 289.

(4) Id. T. IV § 291.

Negli statuti delle città italiane era pure generalmente riconosciuta, accanto alla dote della moglie, una donazione o controdotte da parte del marito, la quale in alcuni statuti è detta *donatio propter nuptias*, in altri *augmentum dotis*, nello statuto pisano *antefactum*, e nelle consuetudini e leggi napoletane *antefatum*. Era sempre determinata in proporzione della dote: secondo lo statuto di Pisa doveva importare la quarta parte della dote (*de duobus tres*); poteva essere assegnata anche in maggior cifra, ma non doveva eccedere la quarta parte de' beni del marito (1). Nel regno di Napoli l'antefato era in vario modo regolato dalle costituzioni e consuetudini, fino a che una prammatica del 1617 stabilì che il dritto della moglie dovesse essere limitato al solo usufrutto dell'antefato, e determinò in modo fisso la proporzione in cui la quantità dell'antefato doveva corrispondere con la quantità della dote (2).

§ 17. Nel medio evo s'introdusse in gran parte di Europa nelle relazioni patrimoniali de' coniugi un nuovo sistema ignoto all'antichità, quello della comunione de' beni, il quale fu in uso principalmente in Francia, in Alemagna, nella Svizzera, in Olanda, nel Portogallo e ne' paesi scandinavi. L'origine di tale regime de' beni coniugali vuoi si ravvisare in quello spirito di associazione così potente ne' tempi

(1) GANS, op. cit. p. 62, 63, 77.

(2) Pragm. Regni Neap. V. 1 p. 301.

del servaggio e della feudalità, il quale aveva fatto sorgere fra le persone soggette alla condizione servile o feudale quelle piccole società rurali che si formavano tra gl'individui soggetti alla stessa tenuta o signoria e che popolavano le immense estensioni delle terre feudali. Tutti coloro che vivevano uniti in una tenuta durante un anno ed un giorno, padre e figli, marito e moglie, figli e genitore superstite, genero e nuora, suocero e genero, parenti ed estranei, sollevano mettere in comune i loro beni mobili ed i prodotti della loro industria, lavorando insieme e partecipando uniti a' guadagni di ciascuno. Anche nelle famiglie libere, se due fratelli maggiori di venti anni avessero fatto economia comune per un anno ed un giorno tenendo i loro beni insieme, si presumeva secondo la consuetudine l'esistenza di una comunione tacita rispetto ad essi (1).

Ora, se il regime della comunione poteva esistere tra parenti ed anche tra parenti ed estranei, era cosa al tutto naturale ed ordinaria che dovesse più particolarmente esistere ed estendersi tra marito e moglie, i quali già erano per libero consentimento uniti in società tra loro per tutta la vita. D'altra parte era questo l'unico regime di beni che potesse trovarsi tra le persone de'servi; poichè nel matrimonio di questi non avea luogo, nè per la loro povertà poteva aver luogo alcuna co-

(1) TROPLONG, Du contrat de mariage. *Preface*, p. XXXVI.

stituzione di dote. Perciò la comunione de' beni tra coniugi non era un regime speciale del matrimonio, ma un risultato naturale ed un'applicazione alla società coniugale del regime delle altre società rurali; ond'è che fu retta dagli stessi principii che regolarono tali società, e come l'esistenza di queste si presumeva per la vita comune durante un anno ed un giorno, così molti statuti di Francia e di Germania facevano cominciare la comunione de' beni tra coniugi dopo un anno ed un giorno dal loro matrimonio (1).

In progresso di tempo questo sistema della comunione de' beni dalle classi servili e dalle campagne penetrò e si diffuse tra borghesi e nelle città, e a poco a poco s'introdusse, sebbene limitatamente, anche nelle famiglie nobili (2). A ciò contribuì da una parte lo sviluppo dell'industria e del commercio, che aumentò i beni mobili, e dall'altra il sistema combinato delle assegnazioni di beni a titolo di dote che si facevano da parte della moglie e di quelle che a titolo di controdote si facevano da parte del marito, mentre tal sistema di reciproco scambio di beni conteneva già il germe di una comunanza nelle rispettive fortune de' coniugi.

§ 18. La comunione de' beni ordinariamente non riguardava che solo i beni mobili e quelli acqui-

(1) TROPLONG, ivi p. XXXVII. LABOULAIE p. 335.

(2) TROPLONG, ivi p. XL.

siti durante il matrimonio; mentre nelle campagne e nelle tenute servili i beni mobili e i prodotti dell'industria erano i soli beni che rimanevano a dividere fra le famiglie, poichè il territorio quasi sempre apparteneva al signore feudale. Nelle città i coniugi potevano possedere de' beni immobili; ma questi erano generalmente esclusi dalla comunione, essendo che alla loro alienazione e alla confusione de' patrimonii si opponeva il dritto degli eredi, specialmente se si trattava di beni ereditarii o proprii. Perciò il sistema della comunione de' soli mobili e de' beni acquisiti fu quello più generalmente adottato in Europa e regnò quasi senza eccezione in Francia, in Fiandra, nel Belgio, in Austria e in alcuni paesi di Alemagna come nel Baden, nel Wurtemberg, nel Nassau e in Assia-Darmstadt (1).

Nel dritto scandinavo il regime della comunione tra coniugi era ammesso generalmente: dapprima la comunione dipendeva soltanto dalle convenzioni; ma in appresso ebbe luogo anche per virtù di legge, ritenendosi in molti casi l'esistenza di una comunione legale e di pieno dritto. Ciò per esempio si verificava nel matrimonio contratto da due servi affrancati, quando due coniugi poveri avessero acquistato de' beni durante il matrimonio, quando il matrimonio fosse durato venti

(1) LABOULAIE, p. 374, 382.



anni senza alcuna stipulazione rispetto alla comunione , o quando il marito fosse per venti anni vissuto in concubinato con la donna divenuta poi sua moglie. In alcuni paesi, come nella Svezia, il regime della comunione giusta le consuetudini provinciali entrava in vigore pel solo fatto del matrimonio il giorno stesso della coabitazione de' coniugi. Alcune consuetudini poi facevano dipendere l'esistenza della comunione dall'esistenza de' figli; di maniera che , appena fosse nato un figlio dai coniugi , la comunione de' beni esisteva di pieno dritto; laddove in mancanza di prole sarebbe stata necessaria una convenzione espressa delle parti (1). Un uso simile si ritrova anche nelle consuetudini di Veszalia e di Biscaglia , le quali nell'esistenza di figli ammettevano una comunione assoluta di tutti i beni, mentre in difetto di essi ciascun coniuge allo scioglimento del matrimonio riprendeva ciò che aveva portato del suo (2). Il regime della comunione poi era sì comune in Danimarca , che le leggi della Scania e di Seelandia ammettevano una comunione tacita non solo tra coniugi, ma anche tra padre e figlio, tra fratelli e sorelle e tra altri parenti sempre che vivevano insieme e formavano economia comune (3).

La comunione de' mobili e degli acquisti fu pure

(1) D'OLIVECRONA, p. 230, 235, 238, 244.

(2) LABOULAIE, p. 433.

(3) D'OLIVECRONA, p. 239.

ammessa nella Spagna, dove era conosciuta sotto il nome di *gananciales*: per essa la moglie aveva dritto alla metà degli acquisti fatti dal marito. Allato a tale comunione era in uso in alcuni luoghi il dono mutuo o contratto *de unidad*, per lo quale si assicurava al coniuge superstite l'usufrutto di tutti i beni coniugali sotto la condizione della vedovanza. La consuetudine di Cuenca esigeva per la validità di questo patto il consenso di tutti gli eredi (1).

In Italia generalmente era conosciuto il solo sistema dotale. Per eccezione nella Sardegna la *carta de Logu* ammetteva un doppio modo di matrimonio, o secondo il dritto dotale (*a dodas*), o secondo il dritto sardo (*a modo sardiscu*). Quest'ultimo importava la comunione de' beni fra coniugi, la quale comprendeva i beni acquistati durante il matrimonio, lasciando distinti quelli che i coniugi possedevano precedentemente (2).

È da notare pure l'antico uso di Malta e di Gozzo, secondo il quale quando dal matrimonio nascevano figli, i beni dei coniugi si ritenevano per divisi in tre parti, una pel marito, l'altra per la moglie, e la terza pe' figli ai quali teneva luogo di legittima (3).

§ 19. Nella Germania con l'introduzione del

(1) LABOULAIE, p. 432, 433.

(2) GANS, op. cit. p. 125.

(3) DE S. JOSEPH, T. 1 Introd. p. LXXVI.

drritto romano e pel gran favore con cui vi fu accolto, il regime de'beni tra coniugi subì delle gravi modificazioni. Nelle classi superiori della società fu generalmente adottato il regime dotale, e la dote germanica o dotario degenerò in una donazione *propter nuptias*. Nelle classi borghesi e inferiori, fra cui più predominavano gli antichi principii germanici, era invece in vigore il sistema della comunione de'beni. Intanto per l'uso invalso presso i giureconsulti di voler applicare i principii del drritto romano alle istituzioni proprie del drritto germanico, seguì che la comunione de'beni fra coniugi fu dai giureconsulti riguardata meno nel rapporto della vita coniugale che come un vero contratto di società di beni; di maniera che fu ammessa una comunione o società universale di tutti i beni tra marito e moglie, nella quale il patrimonio dell'uno era confuso in quello dell'altra, ed una perfetta eguaglianza era stabilita tra coniugi così per gli utili come pel pagamento de' debiti (1). Questa comunione universale di tutti i beni era ammessa nella Vessalia, in Amburgo, nella Sassonia inferiore, nello Slesvig, nella Franconia, a Basilea, a Sciaffusa e in altri paesi, ed era comunemente espressa con l'adagio: *Wan die Decke uber den Kopft ist, sind die Eheleute gleich reich*: tosto che la coperta è sopra il capo, gli sposi divengono egualmente ricchi (2).

(1) LABOULAIE, p. 379.

(2) EINECCIO, Lib. 1 § 275, 276, 277, 280, 281.

La comunione universale de'beni era pure conosciuta in Portogallo: il matrimonio contratto sotto tale regime denominavasi *casamento por carta de metade*. Essa vi esisteva da gran tempo, anche prima che si fosse introdotta in Alemagna; e ricevuta generalmente dalle consuetudini, divenne poi per le ordinanze di Alfonso V del 1446 il regime legale del matrimonio nella legislazione portoghese (1).

§ 20. Il sistema della comunione de'beni come regime speciale del matrimonio non era riconosciuto nei paesi slavi, meno in quelli limitrofi all'Alemagna, come la Boemia, la Slesia e la Moravia, dove s'introdusse in progresso di tempo per l'influenza dei principii germanici. Secondo le leggi di Moravia il coniuge superstite prendeva tutta l'eredità del coniuge defunto ad esclusione de'parenti dell'una parte e dell'altra. Uno de'coniugi non aveva facoltà di disporre se non de'beni ch'erano stati espressamente eccettuati dalla comunione; poichè in difetto di dichiarazione contraria, tutte le sostanze dell'uno e dell'altro coniuge si reputavano formare una massa comune (2).

(1) Revue historique de droit franç. et étrang. T. IV p. 132 a 135.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 237.

## CAPO IX.

### Patria potestà.

§ 1. L'autorità del padre su' figli, come quella che è fondata nella stessa natura umana, si trova consacrata nelle legislazioni di ogni popolo. Essa si manifesta nella storia più o meno forte, e severa secondo le diverse condizioni della società e della famiglia. Ne' popoli primitivi è illimitata e assoluta, poichè nell'infanzia della società tutte le istituzioni subiscono la preponderanza della forza: l'uomo dispone a suo talento di tutti gli esseri come di tutte le cose che può soggiogare; il padre perciò, siccome più forte, esercita su' figli un impero assoluto, al pari che il marito sulla moglie e in generale l'uomo sulla donna. Inoltre i figli essendo in certo modo l'opera del padre, si considerano in tale stato sociale come proprietà stessa di lui, acquistata per mezzo della generazione, e perciò la potestà del padre sopra di essi è così assoluta come il dritto di proprietà sulle cose (1): donde il dritto del padre di disporre della

(1) Presso i selvaggi abitanti delle isole Alenziane e del Kamtschatka i padri trattano i loro figli al pari delle mogli come una mercanzia qualunque: essi li prestano, gli affittano e li vendono, e spesso in prezzo della loro cessione non ricevono che cose di meschinissimo valore. Lo stesso è presso i negri di Afri-



vita de' figli sin dalla loro nascita, e quindi di esporli, di venderli e di ucciderli. Questo concetto di un dritto di proprietà su' figli ha predominato non solo ne' popoli rozzi, ma anche presso alcuni popoli civili, come i Romani, i quali conservarono al padre il dritto di disporre a suo arbitrio della persona del figlio non solo nell'infanzia di Roma, ma anche nei tempi della repubblica e dell'impero.

Negli stati patriarcali, e in tutti quelli fra cui per le distinzioni di tribù o caste sociali la famiglia costituisce una società più politica che privata, l'autorità del padre si mostra in tutta la sua estensione; poichè nelle società così costituite egli è non solo il capo, ma il pontefice, il sovrano e il giudice della famiglia: come pontefice può immolare i proprii figliuoli pe' sacrificii alla divinità; come giudice può loro togliere la libertà e la vita in pena dei falli commessi. Per contrario, dove la famiglia vive come una semplice società fondata nella natura, e non come frazione o suddivisione dello Stato, ivi la patria potestà è più limitata; poichè, essendo nello Stato riuniti tutti i poteri sociali, l'autorità del padre non può trovare innanzi a sè altro campo che la necessaria direzione e tutela de' figli e la naturale riverenza dovuta da questi ai genitori.

ca, gli abitanti del grande Oceano e i selvaggi dell'America settentrionale. COMTE, *Traité de législation*, p. 198, 217, 238, 240.

L' autorità paterna è in generale forte e rigorosa negli stati aristocratici fondati su' principii di autorità e di subordinazione; dappoichè tali principii non possono mantenersi ne' rapporti de' cittadini con lo Stato se prima non s' ingenerano e si stabiliscono ne' primi rapporti che l'uomo contrae nella vita, cioè in quelli tra genitori e figli. Per l'opposto è debole la patria potestà negli stati democratici, sia che su' principii di autorità e di subordinazione prevalga lo spirito d'indipendenza e di libertà come ne' tempi moderni, sia che il benessere de' singoli individui venga subordinato all'onnipotenza dello Stato come a Sparta; mentre nell'una condizione e nell'altra un'estesa autorità de' genitori su' figli farebbe contrasto o ai dritti individuali di questi o ai dritti generali dello Stato.

§ 2. Presso gli Ebrei, innanzi Mosè, quando dominava esclusivamente il potere de' patriarchi, la patria potestà era assoluta ed illimitata: il padre disponeva a suo arbitrio della persona de' figli: poteva non solo venderli, ma, come pontefice e giudice della sua famiglia, aveva il dritto di privarli della vita, offrendoli quali vittime in sacrificio a Dio e condannandoli a morte come colpevoli. Dopo Mosè però la patria potestà ebbe de' limiti: il dritto di vita e di morte cessò con l'istituzione de' pubblici tribunali: fu permesso tuttavia al padre di vendere i proprii figli, ma solo per estrema miseria o per pagare i debiti, come

altresi di cedere quale ancella o schiava la figlia di età minore ad un estraneo, il quale però contraeva l'obbligo tacito di sposarla o di farla sposare da uno de' suoi figli (1).

Nella Cina, dove la società riposa sulla subordinazione de' cittadini al capo dello Stato e sotto un dispotismo informato ai principii della vita patriarcale, la legge concede ai genitori un'assoluta autorità su' figli: questi rimangono soggetti al padre per tutta la vita; possono da lui essere anche venduti; nulla poi possono acquistare e possedere per conto proprio, ma solo per la famiglia (2). Ma come conseguenza di un'autorità così estesa la legge rende responsabili e punisce i genitori pe' delitti commessi da' figli; perchè ritiene che la cattiva condotta di questi dipenda dal non avere i genitori fatto rispettare l'autorità di cui sono investiti (3).

Nella Persia l'autorità paterna ritraeva dal dispotismo che opprimeva la società: essa, come osserva Aristotile, era tirannica, poichè i genitori disponevano de' loro figli a guisa degli schiavi, su' quali non aveva alcun freno l'impero dei padroni (4).

Nell'India la legislazione di Manù mostra una

(1) PASTORET, Vol. I p. 311, 429, 430.

(2) WARNKÖNIG, Juristische Encyclopädie p. 119.

(3) MONTESQUIEU, Esprit des lois, lib. VI c. 20.

(4) ARISTOTILE, Ethica, Lib. VIII c. 10.

società già progredita in confronto dei tempi anteriori. Il padre non ha punto il dritto di vita e di morte su' figli: nè può venderli che in caso di miseria estrema (1). La legge riconosce de' dritti e de' doveri reciproci fra genitori e figli: questi godono su' beni ereditarii del padre di un dritto di comproprietà, onde il padre non può alienarli senza il loro consenso; ma d'altra parte i figli, non altrimenti che la moglie e gli schiavi, non sono capaci di possedere nulla di proprio; tutti i beni ch'essi acquistano sono acquistati al padre. Tuttavia i beni che i figli abbiano guadagnati con la propria industria si considerano come loro beni particolari (2). La patria potestà dura finchè vive il padre: il figlio però può essere emancipato, anzi l'emancipazione debbe necessariamente aver luogo quando egli diviene capace di procurarsi uno stato e mantenersi da sè (3).

Presso i Cartaginesi l'autorità paterna era assoluta e illimitata sulla persona dei figli per l'influenza e la tirannia delle istituzioni religiose che dominavano in Cartagine. I genitori avevano il dritto di vendere ed uccidere i proprii figli per essere offerti in sacrificio a' numi, ai quali non s'immolavano che vittime umane, e in caso di pub-

(1) BOSCHERON-DESPORTES, *Essai sur le droit hindou*, nella *Revue histor.* etc. T. I p. 320.

(2) MANÙ, Lib. VIII § 416 — Lib. IX § 208.

(3) WARNKÖNIG, p. 135.

blica calamità dovevano offrirsi i figli più prediletti (1).

In Egitto la patria potestà non attribuiva alcun dritto esorbitante sulla persona de' figli : il genere di punizione che la legge infliggeva per l'uccisione della propria prole condannando il colpevole a tenersi stretto ed abbracciato al cadavere della vittima per tre giorni e tre notti senza interruzione, rivela per sè stesso abbastanza che i genitori non potevano certamente avere il dritto di vita e di morte (2). V'era di singolare che l'obbligo di alimentare i genitori sarebbe stato, al dir di Erodoto (3), imposto alle femmine e non ai maschi, il che alcuni moderni hanno voluto spiegare sostituendo alla parola *nutrire* ( *τρέφειν* ) quella di *assistere* ; poichè la cura e l'assistenza avrebbe potuto ai genitori meglio prestarsi dalle figlie che rimanevano nella famiglia, che dai figli i quali erano chiamati fuori per gli uffici pubblici e per la guerra (4).

Presso gli Arabi prima di Maometto la potestà del padre su' figli, come suole essere tra popoli nomadi e rozzi, non aveva alcun freno : i genitori uccidevano i figli in caso di miseria, e sollevano frequentemente mettere a morte le figlie neonate. Quest'uso barbaro, ch'è comune in Cina (5)

(1) PASTORET, V 2 p. 620, 625, 626.

(2) DIODORO, I § 77.

(3) ERODOTO, Lib. II § 35.

(4) PASTORET, V. I p. 132, 142.

(5) MARTIN, T. I.



e presso altri popoli, i quali vedono una sventura nella nascita delle figlie, fu riprovato e abolito da Maometto, che tolse interamente ai genitori il dritto di vita e di morte (1). Ma all'infuori di ciò, che certamente era pur molto nell'interesse de' figli, niun altro limite egli impose all'autorità paterna, nè nulla prescrisse intorno all'esercizio e alla durata di essa (2).

§ 3. Presso i popoli orientali l'autorità del padre su' figli non cessava con la sua morte, ma si continuava nella persona del figlio primogenito quale suo rappresentante nella famiglia. Così nella Cina (3), nell'India (4), presso gli Ebrei, i Sirii e i Fenicii (5), e nella Persia (6), alla morte del padre il primogenito succedeva alla sua potestà sopra i fratelli minori; egli rappresentava il padre nel governo della famiglia, nell'esercizio del culto religioso, nell'educazione de' fratelli e ne' rapporti con la società. Anche secondo il dritto musulmano il figlio primogenito tiene nella famiglia una posizione privilegiata: dopo la morte del padre

(1) CORANO, Cap. IV § 138, 141. Cap. XVI § 60, 61. Cap. XVII § 33. Cap. LXXI.

(2) SAGOT-LESAGE, Étude sur la legisl. de Mahomet, nella *Revue histor.* etc. T. IV, p. 467.

(3) WARNKÖNIG, Juristische Encyclopädie p. 119.

(4) MANÙ, IX § 104 a 107.

(5) Genesi, c. 27 § 29, 37, 40, c. 48 § 9 e seg. — Deuter. c. 21 § 15, 16, 17.

(6) SENOFONTE, Ciropedia lib. VIII c. 7 § 3.

egli si considera come il rappresentante di lui verso gli altri membri della famiglia ed è l'erede della dignità e degli onori paterni (1).

Sembra eziandio che anche presso gli Etruschi il figlio primogenito avesse una certa preferenza sugli altri fratelli: egli era il principe, il *lucumon* della famiglia, e la rappresentava nel senato: era designato col nome di *Lar* o *Lars*, signore; mentre gli ultrogeniti erano ordinariamente indicati col nome di *Aruns* (2).

Tale dritto di primogenitura consacrato dalle legislazioni di Oriente differiva essenzialmente da quello introdotto nel medio evo tra le famiglie aristocratiche; dappoichè questo si riferiva solo agl'interessi materiali della famiglia, cioè alla conservazione del patrimonio, laddove in Oriente il dritto di primogenitura non era stabilito che per gl'interessi morali, ossia per la conservazione dell'autorità patriarcale, ch'era indispensabile per l'esistenza stessa della famiglia. Perciò non si attribuiva al solo primogenito tutta l'eredità ad esclusione degli altri fratelli; ma senza sacrificare i dritti di costoro, gli concedeva soltanto una preferenza, nella divisione de' beni, come simbolo di rispetto alla memoria e all'autorità del capo di famiglia da lui rappresentato.

(1) WARNKÖNIG, p. 168.

(2) LERMINIER, *Introduit. gén. à l'histoire du droit* p. 369—  
MICHELET, *Histoire romaine* cap. V.

§ 4. In Atene prima di Solone i genitori avevano il dritto di vendere i proprii figli, come pure di esporre i figli neonati, ed esercitavano sopra di essi il dritto di vita e di morte (1). Solone vietò ai genitori di disporre della libertà e della vita de' figli, ma permise tuttavia di vendere la figlia o la sorella le quali si fossero prostituite ad un uomo prima di essere maritate (2). Il padre, secondo un'istituzione ricordata nella legge 6 Cod. lib. VII tit. 47, poteva disconoscere solennemente il figlio (*abdicare liberos*) che si fosse mostrato manchevole o ribelle, dichiarando all'uopo innanzi al magistrato di non volerlo più ritenere come suo figlio e di escluderlo dalla famiglia e per conseguenza da ogni dritto verso la stessa. I figli non potevano sporgere ai tribunali alcun reclamo contro il padre, eccetto solo per domandare che gli fosse tolta l'amministrazione de' beni nel caso che per età o malattia si fosse imbecillito (3). I figli avevano l'obbligo di alimentare il padre; ma per legge di Solone n'erano dispensati coloro cui il padre non avesse fatto apprendere qualche mestiere, come pure i figli avuti da una cortigiana (4). Il figlio, che mancava di fornire gli alimenti al padre, era notato:

(1) PETIT, in *leges atticas* Lib. II t. IV § 6 a 12.

(2) PLUTARCO, *Vita di Solone* § 44.

(3) PETIT, *Lib. II tit. IV* § 14, 21.

(4) PLUTARCO, *Vita di Solone* § 42, 43.

d'infamia, escluso dalle assemblee pubbliche e dall'ingresso ne' templi, e non poteva fregiarsi di corona nelle solennità popolari (1).

§ 5. A Sparta, dove la legislazione di Licurgo sacrificava i dritti dell'individuo a quelli dello Stato, e i sentimenti della natura ad un rozzo e cieco patriottismo, l'autorità su' proprii figli si apparteneva meno ai genitori che allo Stato ed a qualunque cittadino. In fatti, dice Senofonte che ogni spartano aveva su' figli altrui la stessa potestà e lo stesso dritto di correzione che su' figli proprii; tanto che se un fanciullo si doleva col padre di essere stato battuto da un altro, era vergogna pel padre se non lo battesse una seconda volta (2). Lo Stato disponeva dell'esistenza de' figli sin dalla nascita: i genitori avevano l'obbligo di presentare il neonato all'assemblea degli anziani della loro tribù, i quali, se lo trovavano robusto e ben conformato, disponevano che fosse allevato, assegnandogli una delle novemila porzioni in cui era diviso il territorio di Sparta; in caso contrario lo mandavano a morte facendolo precipitare in una caverna presso il monte Taigete. I genitori potevano attendere all'educazione de' figli solo sino alla età di sette anni; dopo questo tempo la cura della loro educazione spettava esclusivamente allo Stato (3).

(1) PETIT, Lib. II tit. IV § 15.

(2) SENOFONTE, Repubblica di Lacedemone c. VI.

(3) PLUTARCO, Vita di Licurgo.

§ 6. Presso i Romani la patria potestà era così illimitata, che essi medesimi dubitavano potersi trovare eguale in alcun altro popolo del mondo (1). Essa si fondava sul principio di una proprietà che il padre acquistava sul figlio per mezzo della generazione (2), e che si conservava da lui per tutta la vita del figlio in qualunque stato sociale questi si trovasse; per modo che il figlio restava pe' rapporti di famiglia come cosa soggetta al dominio del padre, al pari dello schiavo verso il padrone, non ostante che ne' rapporti con la società fosse al tutto indipendente e potesse occupare una magistratura ed essere tutore di altri (3). Il padre in virtù del suo dritto di proprietà aveva pieno arbitrio sulla persona del figlio: poteva venderlo fino a tre volte, cederlo ad un estraneo in risarcimento di danni (*noxae datio*), ed anche privarlo della vita: solo era vietato di uccidere gl'infanti minori di tre anni, a menò che non fossero storpii o viziosi fin dalla nascita, e di vendere il figlio qualora questi si fosse ammogliato col consenso del padre (4). Come giudice della famiglia il padre poteva condannare a morte il figlio colpevole: nei casi urgenti poteva ciò fare da sè solo, negli altri casi con l'assistenza de' più prossimi parenti

(1) GAIUS, I § 55.

(2) WALTER, Storia del dritto di Roma, V. 2 § 474.

(3) Inst. Lib. I tit. 14 pr Dig. lib. 26 tit. 1 fr. 7, tit. 7 fr. 21.

(4) DIONIGI D'ALICARNASSO, Lib. II § 15, 26, 27.



riuniti in una specie di tribunale di famiglia, cui dai pubblici magistrati egli aveva facoltà di avocare il giudizio de' delitti, sì domestici che pubblici commessi, dal figlio (1).

Questa tremenda patria potestà si mantenne nel pieno suo rigore durante tutto il tempo della repubblica: soltanto sotto l'impero cominciò a subire delle restrizioni. Così il dritto di vita e di morte fu limitato da Alessandro Severo, vietando ai genitori di privare di vita i figli senza il consenso dell'autorità pubblica (2), e venne poi abolito da Costantino, il quale sottopose alla pena del parricidio il padre che di sola sua autorità avesse ucciso il figlio (3). Pure fu conservata al padre ed a' parenti più anziani una rigida potestà disciplinare per le colpe commesse da' figli o dai membri più giovani della famiglia (4). Oltre di che i figli non potevano mai reclamare in giudizio pe' maltrattamenti usati dal padre, costituissero pure un'ingiuria atroce (5).

L'uso di vendere i figli si mantenne anche nei tempi cristiani; però già fin dai tempi di Paolo non era permesso che in caso di bisogno, nè la vendita faceva perdere ai figli la loro qualità d'in-

(1) WALTER, Vol. 2 § 510.

(2) Cod. Lib. VIII tit. 47 c. 3. Dig. Lib. XLVIII tit. 8 fr. 2.

(3) Cod. Lib. IX tit. 17.

(4) Cod. Lib. IX tit. 15.

(5) Dig. Lib. LXVII tit. 10 fr. 7 § 3.

genui (1). Indi la vendita della prole fu vietata dagl'imperatori Dioclezianó e Massimiano, e Costantino non la permise che soltanto pe' neonati e in caso di estrema miseria (2).

L'esposizione dei figli non fu vietata per la prima volta se non dallo stesso Costantino, il quale del resto non istabilì altra pena contro il padre che la proibizione di più reclamare il figlio esposto (3): dopo di lui però fu punita come reato (4).

La cessione dei figli in risarcimento de' danni, caduta in desuetudine sotto il cristianesimo, fu poi interamente abolita da Giustiniano (5).

Quanto ai rapporti giuridici, il padre e il figlio secondò il dritto romano si reputavano costituire una sola persona rappresentata dal padre (6). Da questo principio seguiva che tra genitori e figli niuna obbligazione civile poteva esistere (7), onde in origine le donazioni tra essi erano prive di ogni effetto; che il figlio al pari dello schiavo nulla poteva acquistare per sè, ma come strumento del padre tutto acquistava per costui (8); e che tutti i dritti e le relative azioni giudiziarie,

(1) PAUL. Lib. V tit. 1 § 1.

(2) Cod. Lib. IV tit. 43 c. 1 e 2.

(3) Cod. Th. Lib. V tit. 7 c. 1.

(4) Cod. Lib. VIII tit. 52 c. 2.

(5) Inst. Lib. IV tit. 8 § 7.

(6) MAYNZ, T. 2 p. 549.

(7) Dig. Lib. 18 tit. 1 fr. 2.

(8) GAIUS, II § 87.

che il figlio vantava contro estranei per contratti, delitti od altre cause giuridiche, non si appartenevano a lui, ma bensì al padre, salvo alcune eccezioni per le quali il figlio era ammesso ad agire in giudizio nel suo proprio nome (1). A differenza però dello schiavo, il figlio, ove fosse maggiore di età, aveva rimpetto agli estranei piena capacità giuridica per tutti gli atti della vita civile: onde per le obbligazioni da lui contratte rimaneva tenuto egli stesso e non il padre, di guisa che venendo ad acquistare beni suoi proprii, doveva col mezzo di questi soddisfare i suoi creditori (2). Unica eccezione a questo principio fu fatta quanto ai prestiti di danaro, nel fine di reprimere l'ingordigia degli usurai che spesso spingeva i figli di famiglia oppressi da debiti ad attentare alla vita de' genitori. All'uopo una legge resa ai tempi di Claudio vietò per la prima volta di fare ai figli di famiglia prestiti la cui scadenza fosse fissata alla morte del padre (3), ed indi il senatoconsulto Macedonico emanato sotto Vespasiano stabilì che qualunque prestito di danaro fatto ad un figlio di famiglia di qualunque grado ed età non potesse mai produrre obbligazione civile contro il figlio stesso (4).

(1) Dig. Lib. 44 tit. 7 fr. 9.

(2) Dig. Lib. 46 tit. 4 fr. 8 § 4.

(3) TACIT. *Ann.* XI, 13. Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum fenori darent.

(4) Dig. Lib. 14 tit. 6 fr. 1.

L'incapacità de' figli ad acquistare beni proprii fu poi sotto l'impero modificata per l'introduzione de'peculii castrense e quasi castrense, ammettendosi che i beni guadagnati dal figlio nel servizio militare o in una magistratura appartenessero a lui stesso e che quindi ne potesse disporre liberamente. Gli altri beni acquistati da'figli di famiglia continuarono ad appartenere al padre. Solo Costantino stabilì pel primo che i beni pervenuti al figlio dalla madre appartenessero al figlio medesimo in proprietà, riservato l'usufrutto al padre (1); e Giustiniano poi estese la medesima regola a tutti i beni de' figli di famiglia non provenienti dalle sostanze paterne ; ma il figlio non ne aveva che la nuda proprietà, essendogli vietato di disporne e per atto tra vivi senza il consenso del padre, e per testamento (2).

§ 7. Presso gli antichi popoli settentrionali la patria potestà aveva quei caratteri di dominio illimitato proprio dell'infanzia della società, in cui predomina il solo principio della forza. Essa attribuiva al padre il dritto di disporre a suo arbitrio della persona e della vita de'figli. Così presso i Galli i genitori , al dir di Cesare (3), esercitavano su' figli il dritto di vita e di morte come i mariti sulle mogli. Lo stesso praticavano

(1) Cod. Lib. VI tit. 60 c. 1.

(2) Cod. Lib. VI tit. 61 c. 6, 8 § 5.

(3) CAESAR, De bello gallico Lib. VI c. 19.

pure i popoli slavi dell'età pagana (1). Quanto ai Germani ciò non è accertato da Tacito, ma sembra che tale uso fosse conforme ai loro costumi, almeno per quanto concerne i neonati (2). In fatti ne' tempi eroici e barbari il padre, riguardando i figli come sua proprietà, dispone di essi appena vengono alla luce. Gli antichi miti e simboli mostrano che i figli neonati sono messi ai piedi del padre, affinchè egli decida del destino che loro tocca, se cioè debbano vivere o pur no: nel primo caso il padre solleva il figlio (*tollere*) e gl'impone un nome; nel secondo o l'uccide o l'abbandona (*exponere*) (3). L'uccisione dei figli però non si trova che ne' popoli più rozzi, ed ordinariamente si esercitava sulle femmine piuttosto che su' maschi, ovvero, senza distinzione di sesso, sopra i figli che nascevano deformati o difettosi e che perciò facevano presagire una vita infelice ed inutile; mentre l'antichità pagana riteneva che la vita a nulla valesse se non fosse accompagnata dalla sanità del corpo e dal pieno uso di tutti i suoi membri (4). Ed è questa la ragione per la quale presso molti popoli, come gli antichi Sardi (5),

(1) MACIEIOWSKI, Tit. II, § 219. Nam crudelitate paganica puellas necare et mares reservare solebant.

(2) EINECCIO, Elem. jur. germ. L. I § 135 — GRIMM, p. 456.

(3) GRIMM, p. 456.

(4) GRIMM, p. 455, 456, 486.

(5) ELIANO, Lib. IV c. 1.



gli Eruli (1), gli Scandinavi, nella Germania settentrionale, nell'antica Prussia (2), presso gli Slavi (3), e anche presso i Romani ne' primi tempi (4), si usava per,mano stessa de' figli e de' parenti mettere a morte, specialmente in tempi di miseria e di calamità, i vecchi, i deboli e tutti gl'individui, che per difetti o infermità fisiche, come i ciechi, gli storpi e simili, erano reputati inutili a sè stessi ed agli altri. Nelle leggi scritte dei popoli di Europa dell'epoca cristiana, le quali rivelano una certa civiltà relativamente alla primitiva barbarie, quest'uso di uccidere i figli non presenta alcuna traccia e già aveva dovuto sparire; poichè niuna vi ha di dette leggi; la quale permetta a' genitori l'uccisione de' proprii figli, sia neonati sia adulti, all'infuori della legge longobarda, che permetteva al padre di uccidere la figlia la quale volontariamente si fosse unita ad uno schiavo (5).

L'esposizione de' neonati, che si riscontra in tutti i miti orientali, greci (6) e romani, si trova egual-

(1) PROCOPIO, *De bello gothico* 11, 14.

(2) GRIMM, p. 487, 488.

(3) MACIEIOWSKI, T. 1 § 102.

(4) FESTO, v. *Depontani*, dice: *Depontani senes appellabantur qui sexagenarii de ponte deiiciebantur*; e CICERONE, *pro Sext. Roscio*, c. 35: *Habeo etiam dicere quem contra morem maiorum minorem annis LX de ponte in Tiberim deiecerit.*

(5) ROTHAR. L. 222.

(6) L' esposizione de' neonati, tollerata presso tutti i popoli

mente e generalmente negli antichi miti e costumi tedeschi, scandinavi e slavi dell'età pagana. Essa aveva luogo per lo più in caso di estrema miseria quando i genitori si vedevano nell'impossibilità di alimentare la loro prole. Si praticava pure su' figli mal conformati e su quelli che per la loro origine illegittima, per le colpe de' genitori, o per altra causa di simile natura, sarebbero probabilmente, attesi i pregiudizii popolari, vissuti reietti dalla società ed infelici (1). Nell'epoca cristiana l'esposizione de' neonati fu dichiarata illecita, ma si mantenne tuttavia molto tempo ne' costumi, specialmente presso gli Scandinavi. Essa però poteva aver luogo solo quando il neonato non avesse ancora dato segni di vitalità ed acquistato con ciò un dritto alla vita, altrimenti si reputava criminosa. Così nel Norte l'esposizione poteva farsi solo prima della lustrazione con l'acqua, che ne' tempi del paganesimo si praticava sul neonato al pari del battesimo introdotto dalla religione cristiana. Non poteva neppure più aver luogo se il neonato avesse gustato il menomo nutrimento, fosse anche una goccia di latte o di miele; poichè ciò bastava per ritenere che egli

della Grecia, era proibita soltanto dai Tebani, che la punivano con la morte: in caso di estrema miseria il padre doveva presentare il neonato ai magistrati, e questi lo vendevano ad un cittadino sotto condizione di fornirgli gli alimenti. ELIANO, lib. II cap. 7.

(1) GRIMM, p. 455, 456.

avesse dritto all'esistenza. Sotto il cristianesimo l'esposizione era permessa solo sino a quando il neonato non fosse stato ancora battezzato, e perciò sopra gli esposti si soleva porre del sale come segno che non avevano ricevuto il battesimo (1).

Oltre l'esposizione, era in uso presso i barbari anche la vendita de' proprii figli, il che si rileva dallo stesso divieto che ne fa la legge de' Visigoti (2), e dall'editto di Teodorico, che la permetteva in caso di miseria, *necessitate alimentorum* (3). In Francia si praticava sotto Carlo il Grosso (4) e si mantenne fino a' tempi di Carlo il Calvo: uno de' suoi capitolari stabiliva che se il padre in una necessità stringente avesse venduto il figlio, avrebbe poi potuto riscattarlo pagando un' indennità al compratore (5). Anche in Germania questo dritto de' genitori era in uso nel medio evo; non si permetteva però di vendere la figlia per destinarla ad una casa di prostituzione, ma si poteva venderla come una proprietà ad un uomo libero (6). Pres-

(1) GRIMM, p. 457.

(2) Lib. V tit. 4 § 12.

(3) Cap. 94.

(4) In uno de' capitolari si legge: « Si quis vendiderit filiam suam in famulam, non egredietur sicut ancillae exire consueverunt. Si placuerit domino suo, cui vendita est, dimittat eam liberam; et ad alium populum non licet ipsam vendere. » CENCIANI, Leg. barb. T. III p. 263.

(5) BERNARD, Histoire de l'autorité paternelle en France p. 75.

(6) GRIMM, p. 461.

so gli Slavi poi la vendita dei figli era generalmente riconosciuta o almeno tollerata: per la Russia lo attestano gli storici Karamsin e Gwagnin, e d'altra parte lo conferma l'Uloschenie, codice del 1640, quando vieta ai genitori che entrano in un convento di vendere i loro figli o cederli in fitto ad un estraneo, il che mostra che in altri casi la vendita era permessa (1).

In progresso di tempo incivilendosi i costumi, le legislazioni che succedettero alle prime leggi barbare non riconobbero ne' genitori nè il dritto di vita e di morte su' figli, nè quello di esporli o venderli come schiavi. Nondimeno nella Spagna era tuttavia in vigore la costituzione di Costantino relativa alla vendita de' figli neonati (2).

Fu dato però generalmente ai genitori un forte potere disciplinare. Così in Francia il padre esercitava in molti paesi un'estesa giurisdizione pe' delitti del figlio, e si hanno esempi di sentenze criminali profferite dal padre con l'avviso de' parenti, quasi ad imitazione del tribunale domestico dei Romani. Basset fa menzione di una sentenza con la quale un padre condannò a venti anni di galera il figlio accusato di averè attentato alla sua vita, la quale pena poi sull'appello *a minima* del Procuratore Generale di Grenoble fu dal Parlamento con arresto de' 19 settembre 1663 convertita nella ga-

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 293.

(2) STRYKIO, Lib. I Pand. tit. VI § 6.

lera perpetua (1). Le leggi slave accordavano egualmente dritti assai estesi di correzione ai genitori, poichè vietavano ai tribunali di ricevere sotto qualsiasi pretesto qualunque reclamo dei figli contro di essi. Lo statuto di Massovia poi disponeva che se alcuno avesse maltrattato i proprii genitori, doveva dal giudice sulla semplice loro richiesta essere imprigionato e subire quella pena che essi prescrivevano (2). Anche alcuni statuti delle città italiane attribuirono un'ampia giurisdizione ai genitori: così in Lucca il padre poteva mandare in prigione il figlio, tuttochè emancipato, e lasciarvelo finchè volesse, e il magistrato era tenuto di prestar fede alle sue asserzioni sebbene sfornite di pruova. Secondo uno statuto di Roma il padre e la madre potevano punire arbitrariamente il figlio manchevole verso di loro, e il senatore che richiesto dai genitori non avesse applicato tale statuto era multato di dugento libbre (3).

La superstizione e il fanatismo religioso accordavano poi ai genitori un potere che equivaleva a quello di vendere i figli, cioè il dritto di fare voti religiosi per essi ed obbligarli allo stato monastico sin dalla prima età, cedendoli come oblati ai monasteri. I figli furono tenuti all'osservanza di tali

(1) BERNARD, p. 139.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 293.

(3) GANS, Dritto di successione nella storia italiana, trad. di Turchiarulo p. 93-96.



voti, e in progresso di tempo il dritto canonico ammise per massima che tanto legavano i voti proprii quanto quelli fatti dal padre. Così un canone del quarto concilio di Toledo dell'anno 633 statuiva: *Monachum aut paterna devotio aut propria professio facit: quidquid horum fuerit alligatum tenebit. Proinde his ad mundum revertendi interdici-  
mus aditum, et omnem ad saeculum interdici-  
mus regressum* (1). Questa consuetudine così strana e insensata durò molto tempo, e anche dopo il mille, finchè Celestino III nell'anno 1191 prescrisse che i figli ceduti ai monasteri dai loro genitori, giunti all'età del discernimento ossia alla pubertà, fossero liberi o di confermare la professione fatta dal padre o di tornare allo stato secolare e domandare i beni che loro spettavano nella successione paterna (2).

§ 8. La patria potestà secondo i principii del dritto germanico era comune tanto al padre quanto alla madre. Così la legge de' Visigoti dice: *Patre mortuo filii in matris potestate consistent* (3); lo stesso dice la legge de' Borgognoni (4); per modo che durante il matrimonio eguale potestà spettava all'uno e all'altro coniuge, e dopo la morte di uno di essi rimaneva al coniuge superstite. Da

(1) GRATIAN. Decret. 2<sup>a</sup> pars, caus. 20, q. 1 c. 3.

(2) DECRET. Lib. III tit. 31 c. 14.

(3) Leg. Wisig. Lib. IV tit. 2 § 13.

(4) Lex Burgund. Tit. 59.

ciò seguiva che durante il matrimonio il padre e la madre godevano insieme l'usufrutto dei beni de' figli, il quale poi alla morte del padre apparteneva in tutto o in parte alla vedova (1). Egualmente entrambo i genitori avevano comune il dritto di educare e castigare il figlio e di prestare il consenso alle sue nozze (2). Però in alcuni paesi era tanto lungi la madre vedova dall'esercitare la patria potestà su' figli e godere l'usufrutto de' loro beni, che essa stessa rimaneva sotto la tutela de' proprii figli (3).

§ 9. L'autorità paterna, il *mundium* de' Germani, a differenza della *patria potestas* de' Romani, non era un potere illimitato attribuito al capo di famiglia in forza del suo dritto di dominio sui figli, ma bensì consisteva in un potere di protezione esercitato dal padre a vantaggio esclusivo dei figli, non altrimenti che la tutela de' minori. Perciò l'autorità paterna, in luogo di essere perpetua come in Roma, non durava che sino a quando fosse ritenuta necessaria per la direzione e l'interesse dei figli stessi. Onde cessava con la maggiore età del figlio, poichè con questa egli diveniva capace di difendersi e regolarsi da sè; come pure col matrimonio della figlia, mentre costei uscendo dalla casa paterna trovava nel marito il suo pro-

(1) Lex Baju. Tit. XIV c. 6, c. 7.

(2) Leg. Wis. Lib. IV, tit. 5, § 1.

(3) ENECCIO, Lib. I § 138, 139.

tettore naturale. Cessava altresì per effetto di tacita emancipazione, quando cioè il figlio diveniva egli stesso capo di famiglia o si regolava come tale ; il che poteva verificarsi sia pel suo matrimonio, sia quando faceva vita ed economia distinta e separata da quella del padre (1).

Questa specie di emancipazione nulla aveva di comune con l'emancipazione de' Romani, e ne differiva tanto per quanto il *mundium* differiva dalla *patria potestas* : lo stesso nome di emancipazione era intieramente straniero al dritto germanico, e non s' introdusse nelle leggi barbare e nelle consuetudini del medio evo che per una confusione tra i principii del dritto romano e quelli proprii del dritto germanico (2). In fatti in Roma l'emancipazione, sebbene per suo effetto rendesse il figlio libero di sè, *sui juris*, non aveva però questo scopo, bensì quello di liberare il figlio dalla potestà e dal dominio del padre; sicchè poteva aver luogo in qualunque età , così in persona di un adulto come in persona di un impubere. In origine essa aveva relazione e si confondeva col dritto del padre di vendere il figlio, tanto che si praticava con le stesse forme della vendita, cioè col mezzo di tre mancipazioni o vendite successive seguite dalla manumissione. Il figlio emancipato poi se da una parte diveniva *sui iuris*, dall'altra cessava di ap-

(1) KOENIGSWARTER, Histoire de l'organis. de la famille, p. 140.

(2) GRIMM, p. 462.

partenere alla sua famiglia, e quindi perdeva ogni dritto verso la stessa (1). Secondo il dritto germanico per l'opposto l'emancipazione dei figli per effetto del matrimonio o dell'economia e dimora separata non produceva alcun'alterazione ne' vincoli e ne' rapporti tra essi e la loro famiglia, ma era la conseguenza della natura delle cose e di un fatto che per sè stesso e per l'età in cui poteva verificarsi mostrava che il figlio era divenuto capace di regolarsi da sè, e per conseguenza non aveva più bisogno della direzione e dell'assistenza de' genitori.

Questa emancipazione era ammessa generalmente nelle legislazioni del medio evo: così nell'Alemagna, nella Francia consuetudinaria, nella Spagna, nel Portogallo, nel Belgio (2), nel regno di Napoli, in Firenze e per gli statuti delle altre città italiane (3) il matrimonio e l'economia e dimora separata facevano cessare la patria potestà. In Francia questo principio era espresso nelle due regole: *Feu et lieu font émancipation. — Hommes et femmes mariés sont tenues pour émancipés*, le quali, salvo alcune eccezioni, erano ricevute in tutti i paesi consuetudinarii, e la giurisprudenza de' parlamenti le applicava pure ne' paesi di dritto scritto, dove in generale il matrimonio non emancipava il figlio di famiglia (4).

(1) GAIUS I, § 132, 162, 163.

(2) STRYKIO, Lib. I Pand. tit. 7 § 21, 22.

(3) GANS, op. cit. p. 33.

(4) KOENIGSWARTER, p. 231.

Sembra che il figlio non potesse ritenersi come giuridicamente emancipato se non fosse trascorso qualche periodo di tempo dacchè avesse fatto vita ed economia separata fuori della casa paterna: così Carpentier riferisce una consuetudine normanna, la quale dice: *Puisque un homme a émancipé son filz et mis hors davecques soy, il ne le doit recueillir ne logier jusques à ce que AN ET JOUR soit passé* (1).

Il padre in virtù del *mundium* riscoteva la composizione, il *wergeld*, pe' figli uccisi, come il prezzo di compra dal marito della figlia: aveva inoltre durante la minore età de' figli il possesso, *gewer*, e l'amministrazione de' loro beni, ma non la proprietà; onde gli era vietato di vendere o donare i beni stessi, mentre tutto ciò che i figli acquistavano diveniva loro proprietà, salvo soltanto questo godimento temporaneo lasciato al padre (2). Da questo dritto di possesso secondo alcuni avrebbe origine il dritto di usufrutto, che le moderne legislazioni riservano a' genitori su' beni de' loro figli sino ad una certa età (3): altri invece lo fanno derivare dai principii della guardia borghese (4).

Questa capacità de' figli di avere beni proprii e la cessazione dell' autorità paterna per l'età

(1) GRIMM, p. 462.

(2) BERNARD, op. cit. p. 62.

(3) Id. p. 62

(4) LABOULAIE, p. 370.



maggiore, pel matrimonio e per l'economia separata, sono i caratteri che più distinguevano il *mundium* de' Germani, trasfuso nelle legislazioni del medio evo, dalla patria potestà dei Romani anche degli ultimi tempi. E sotto questo rapporto si spiega ciò che intendevano i comentatori delle leggi longobarde quando dicevano: *Jure Langobardorum non filii sunt in potestate patris*, e la massima ricevuta nella Francia consuetudinaria: *Droit de puissance paternelle n'a lieu*. Questa esclusione della patria potestà era intesa evidentemente non già in un significato assoluto, ma solo in opposizione alla *patria potestas* del dritto romano così differente da' principii germanici (1). Nel medesimo senso debbe interpretarsi la consuetudine del regno di Aragona, la quale egualmente diceva: *Item de consuetudine regni nostri non habemus patriam potestatem* (2).

La maggior parte delle legislazioni di Europa, come quelle di Francia, di Alemagna, d'Inghilterra, d'Italia, seguirono sulla patria potestà i principii del dritto germanico, in quanto che riconobbero ne' figli la capacità di possedere e di acquistare beni proprii, e facevano cessare la potestà del padre con la maggiore età del figlio.

Principii diversi sotto questi due rapporti prevalsero e seguonsi tuttavia nelle legislazioni della

(1) BERNARD, p. 62. KOENIGSWARTER, p. 224.

(2) LABOULAIE, p. 422.

Spagna e de'paesi slavi; ed è da notare che, sotto il rapporto della durata, la patria potestà, anche secondo qualche altra legislazione moderna, non ha termine per l'età maggiore dei figli. Così in Sardegna, giusta il Codice Albertino ora abrogato, la patria potestà era perpetua e non cessava che per la sola emancipazione (1). Nel Wurtemberg non cessa per l'età maggiore se non quando concorra con questa uno stabilimento separato del figlio (2). Nella Baviera cessa per l'emancipazione e per uno stabilimento separato, ma nè pel matrimonio dei figli nè per l'età maggiore (3).

§ 10. La legislazione spagnuola seguì sulla patria potestà quasi gli stessi principii del dritto giustiniano. La potestà su'figli si esercitava solo dal padre, non dalla madre: essa durava sino alla morte naturale o civile del padre; non cessava per la maggiore età dei figli, ma solo per l'emancipazione, pel matrimonio, per l'ingresso negli ordini religiosi e per l'esercizio di alcune funzioni pubbliche (4). Il figlio di famiglia non aveva patrimonio proprio; egli, anche nella Spagna moderna, è pel padre, come già presso i Romani, un istrumento di acquisto; soltanto si ammette la distinzione dei peculii secondo gli stessi principii ro-

(1) Art. 211.

(2) DE S. JOSEPH, T. IV p. 459.

(3) Id. T. II p. 31.

(4) REVUE FOELIX, T. IV p. 814.

mani. In forza di questi principii il padre ha sui beni particolari del figlio un dritto di amministrazione e di alienazione assoluta, indipendente da ogni autorizzazione del giudice; e inoltre, al pari del padre di famiglia in Roma, può, usando della sostituzione pupillare, fare a suo arbitrio il testamento pel figlio impubere, escludendo anche la madre dalla eredità di costui. Intanto per una contraddizione singolare la legge accorda alla figlia un'azione contro il padre per obbligarlo a costituirle una dote, e permette al figlio di venticinque anni ed alla figlia di trenta di passare a matrimonio senza neppur domandare il consenso paterno (1).

Questi principii della legislazione spagnuola furono poi dalla Spagna trapiantati ne' suoi possedimenti di America, onde veggonsi trasfusi ne' moderni codici dell'America meridionale: così secondo questi la patria potestà non cessa per l'età maggiore del figlio, ma pel matrimonio, per l'emancipazione, per una dignità di cui il figlio è investito o per altra causa speciale (2).

§ 11. La patria potestà presso gli Slavi non cessava per la maggiore età de' figli; essa non aveva termine che per l'emancipazione derivante dall'economia e dimora separata. I figli rimanevano sotto la potestà del padre sino a che non avessero posseduto beni proprii o il padre non avesse a loro

(1) REVUE FOELIX, T. IV p. 814.

(2) DE S. JOSEPH, T. II p. 2.

favore ceduto una parte del suo patrimonio o la madre il proprio appannaggio vedovile ; mentre soltanto chi possedeva un patrimonio suo proprio poteva essere considerato come cittadino dello Stato e godere de'dritti politici. Nella Russia solo il servizio per lo Czar o per la chiesa liberava i figli dalla patria potestà (1). Anche attualmente secondo il Codice del 1840 la patria potestà è perpetua, e non cessa nemmeno pel matrimonio della figlia, per effetto del quale subisce soltanto alcune limitazioni (2).

Rispetto a' beni , il padre e il figlio , come si esprimono le leggi di Polonia e di Ungheria , si reputavano formare una sola persona, di modo che tutto ciò che il figlio acquistava apparteneva al padre per dritto di proprietà. Lo statuto di Polonia dice espressamente che i figli *non habent alicujus rei dominium vel aliquam possessionis traditionem*. Perciò di nulla potevano disporre durante la vita del padre, il quale per l'opposto aveva libera facoltà di disporre delle sostanze de'figli ; così l'*Uloschenye* dice formalmente che il padre può col suo testamento accordare la libertà agli schiavi del figlio. La comunione de'beni poi, che, specialmente presso gli Slavi latini, si reputava esistere tra padre e figlio, non aveva conseguenze giuridiche che soltanto dopo la morte del padre, essendochè nulla

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 292. .

(2) DE S. JOSEPH, T. III p. 293, 295. .

durante la vita di lui poteva il figlio possedere di proprio (1).

Questa estensione della patria potestà era una conseguenza dello spirito tutto patriarcale e dei vincoli strettissimi che si ravvisano nella costituzione della famiglia presso gli Slavi. Invero i rapporti fra padre e figli, come fra tutti i membri della famiglia, presso nessun popolo erano così stretti e vigorosi come presso i popoli della razza slava. Tutti i membri della famiglia erano legati tra loro non solo dall'obbligo della vendetta comune e da vincoli di solidarietà, ma anche dalla comunanza dell'abitazione e dei beni. Questa comunanza o società si continuava dopo la morte del padre fra la madre superstite e i fratelli che abitavano insieme. Le sorelle restavano nella casa paterna e sotto la protezione e direzione de' fratelli fino a che non si fossero maritate. Ogni membro della famiglia, che si fosse reso colpevole verso la stessa o in qualunque modo l'avesse offesa, era dalle leggi dichiarato infame e traditore (*proditor sanguinis*). Tutti i parenti finchè vivevano uniti erano innanzi alla legge giuridicamente responsabili gli uni degli altri. Lo statuto di Lituania disponeva che fra più fratelli l'uno poteva essere scelto per fare il servizio militare e rappresentare in caso di guerra l'intera famiglia sotto le ban-

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 221, 222. IV § 294.



diere, ed un altro doveva essere designato come il capo e il mandatario legale della famiglia per l'amministrazione degli affari, i rapporti con la società e le contestazioni giudiziarie d'interesse comune; di modo che l'intera famiglia era nei giudizi citata in persona di lui, e contro di lui erano pronunziate le sentenze che la concernevano. Era del resto sempre permesso a' fratelli di sciogliersi dalla comunione de' beni, senza però abbandonare la casa della famiglia (1).

Questo vincolo di coesione, che univa tutt'i membri della famiglia, si manifesta in un modo speciale e spiccato nelle consuetudini di Boemia, di Moravia e del Montenegro. Così lo statuto d'Iglau in Moravia vietava al padre di famiglia di poter abbandonare la casa e d'intraprendere un viaggio senza il consenso della moglie e de' figli, a meno che non avesse voluto fare un pellegrinaggio a Gerusalemme. I diplomi antichi della Boemia ricordano le tracce della vita patriarcale, e mostrano come la famiglia era sempre costituita sotto la direzione e l'obbedienza di un capo, il quale era scelto fra i membri della famiglia stessa senza distinzione di età, ma fra i più vecchi o i più giovani secondo che l'interesse comune meglio richiedeva. Ciò che anche attualmente si pratica dai Montenegrini, rivela quanto stretto e vigoroso fosse il vincolo di fami-

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 295, 296.

glia presso i popoli slavi. Quando il padre muore, quello tra i membri della famiglia che si mostra più capace, sia il maggiore sia il minore di età, diviene il capo della famiglia, ne amministra i beni, attende ai negozii, intuona alla mensa la preghiera del Signore, riceve gli ospiti e mangia a tavola con essi, mentre gli altri membri della casa siedono co' famigliari in tavola separata: in una parola, egli è il rappresentante della casa e dell'intera famiglia. Tra parenti più prossimi o tra soli fratelli i beni si tengono in comunione: tutto ciò che essi acquistano co' mezzi comuni e per vantaggio scambievole resta comune. Anche più famiglie si associano fra loro e formano insieme una grande famiglia, alla testa della quale è messo il più anziano fra tutti, il quale ha la preferenza sugli altri membri dell'associazione e con la successione trasmette la sua dignità al più prossimo parente della linea maschile (1).

Questa comunanza di abitazione e di beni fra i membri della famiglia presso gli Slavi serviva ancora come mezzo per sottrarsi dai servigi e pesi pubblici, cui ogni cittadino era individualmente tenuto ove avesse fatto casa ed economia distinta. Ad evitare perciò che la vita comune nicesse alla soddisfazione de' pesi pubblici, fu stabilito in alcuni paesi, come in Serbia, che i fratelli, i quali

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 297.

vivevano in comunione di beni, dovessero quanto a pesi pubblici reputarsi come possessori ciascuno di un patrimonio particolare; ed in Ungheria allo stesso scopo disponeva la legge che i figli, i quali vivevano in comunione col padre, dovessero ciascuno di essi separatamente pagare il decimo delle imposte dovute allo Stato (1).

## CAPO X.

### Tutela. Età maggiore.

§ 1. Tutti i popoli hanno riconosciuto il bisogno di proteggere ed assistere coloro cui il difetto dell'età o altra causa fisica rende incapaci di regolarsi da sè nei rapporti della vita civile; onde la tutela o un potere qualunque di protezione legale trovasi stabilito in tutte le legislazioni come una necessità derivante dalla stessa natura umana (2). L'epoca della vita sino alla quale l'uomo

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 222.

(2) L'opposto praticano i selvaggi: essi menando una vita di stenti e di privazioni, cercano di distruggere anzichè proteggere quelli che sono incapaci di provvedere da sè stessi alla vita. Così presso gli Ottentotti i figli che perdono i loro genitori non solo non sono soccorsi da alcuno, ma si sogliono, qualunque sia la loro età, seppellire vivi per sottrargli agli orrori di una lunga agonia: un figlio è sepolto vivo anche quando perde soltanto la madre, se egli non ha ancora cessato di essere allattato al momento in cui essa muore. COMTE, *Traité de législation*, p. 232.

si è riguardato giuridicamente incapace, e perciò abbisognante di tutela, è stata determinata in un periodo più o meno lungo secondo il grado di maggiore o minore civiltà. Presso i popoli primitivi, fra cui domina un rozzo materialismo e ristrette sono le relazioni sociali, la capacità civile dell'individuo si confonde con la forza fisica e perciò si misura dallo sviluppo di questa. Alcuni popoli hanno ravvisato i segni dello sviluppo fisico in quelli della pubertà; altri, come i popoli guerrieri, gli hanno desunti dall'attitudine a portare le armi : onde l'età maggiore è stata dagli uni determinata nell'età del matrimonio e dagli altri in quella atta al maneggio delle armi. Altri popoli, senza tenersi materialmente allo sviluppo fisico e non valutando altro sviluppo intellettuale che il discernimento della moralità delle azioni, hanno confusa l'età della capacità civile con quella dell'imputabilità dei delitti. E chiaro, ciò posto, che dove seguonsi siffatti criterii l'epoca della capacità civile deve cominciare in un'età relativamente precoce. Per contrario fra popoli di civiltà progredita, presso cui, per la molteplicità dei traffici e de' rapporti sociali, si avverte maggior bisogno d'intelligenza che di forza fisica, l'età della capacità civile si desume da quella dello sviluppo morale e intellettuale; e come questo ordinariamente si raggiunge più tardi dello sviluppo fisico, così l'età minore trovasi in generale protratta ad un termine più lungo.

§ 2. Presso gli Ebrei, la cui legislazione ritraeva in molte parti da una grossolana rozzezza, la capacità civile era strettamente connessa con lo sviluppo della pubertà: onde l'età minore cessava al principio della pubertà, cioè pe' maschi a tredici anni e per le femmine a dodici: però la minore età poteva protrarsi sino a trentacinque anni per l'uomo e fino a trent'anni per la donna, se prima di tal epoca non si fossero manifestati i segni fisici della capacità di generare, o si fosse invece riconosciuta l'impossibilità di acquistarla (1). A' tredici anni cessava di dritto la patria potestà sui figli: a tale età il figlio diveniva membro attivo della società, era capace di contrattare sotto gli occhi del padre ed era astretto all'osservanza scrupolosa di tutti i precetti della legge. Bisognava però l'età di venti anni per acquistare la capacità politica ed avere il carattere di perfetto cittadino (2). I minori privi di padre rimanevano fino alla pubertà sotto l'assistenza di un tutore nominato dal padre o da' magistrati. I sordi, i mentecatti e gli altri individui fisicamente o moralmente incapaci continuavano a vivere sotto una tutela protettrice quantunque pervenuti all'età maggiore (3).

(1) AMIABLE, Essai historique et critique sur l'âge de la majorité, nella *Revue historique de droit franç. et étrang.* T. VII, p. 207, 208.

(2) SALVADOR, Histoire des institutions de Moïse. T. II, p. 178.

(3) PASTONET, V. 1 p. 430.



Nell'India la tutela per le tre prime caste dura sino a che il giovane indiano abbia terminato il suo noviziato, nell'epoca cioè in cui esce dalla direzione del suo istitutore o precettore. Per gl'individui dell'ultima casta, ossia pei sudra, la tutela dura fino a sedici anni. In principio il tutore o protettore degl'incapaci è il re o *rajah*; ma per una specie di delegazione la nomina del tutore è affidata all'autorità giudiziaria, la quale lo sceglie in preferenza tra i parenti paterni (1).

Il noviziato è una tutela speciale cui è soggetto il giovane indiano per apprendere la legge religiosa e i doveri morali. Tra lui e il suo istitutore (*gourou*), da cui debb' essere iniziato ne' misteri sacri e nella cognizione dei *Vedas*, si forma un vincolo di parentela religiosa, essendo l'istitutore considerato come padre spirituale del suo allievo; questo vincolo è strettissimo, e primeggia anche sulla parentela del sangue dopo il padre e la madre, e in alcuni casi, cioè in difetto di prossimi parenti, può conferire dritto di successione reciproca (2).

Nella Cina pare che l'epoca dell'età maggiore sia, rispetto alla capacità civile, determinata ai sedici anni compiuti; poichè a questa età ogni individuo debb' essere dal capo di famiglia iscritto nei registri dello stato de' cittadini. La legge ci-

(1) BOSCHERON-DESPORTES, *Aperçu historique et analitique du droit hindou*, nella *Revue historique* sop. cit. T. I p. 322.

(2) MANÙ, Lib. II § 145 a 150, 170, 224 a 249. Lib. IX § 187.

nese ammette un sistema di tutela e di protezione generale per tutti quelli che sono fisicamente o moralmente bisognosi dell'altrui assistenza: così gli orfani, i poveri, i vedovi, e tutti coloro che mancano del necessario, hanno dritto, secondo le disposizioni della legge, ad un sostentamento sufficiente e ad una protezione speciale da parte dei magistrati del luogo di loro nascita sempre che non abbiano parenti o amici che potessero assisterli. I magistrati che trascurassero di adempiere a questi doveri sono puniti con ottanta colpi di bambù (1).

Nulla intorno alla tutela e all'età maggiore si conosce delle leggi de' Persiani. Della legislazione di Egitto si sa solo che la minore età durava pei re sino a quindici anni (2). Sembra che secondo la legislazione di Cartagine l'epoca dell'età maggiore dovesse essere più protratta che presso gli altri popoli antichi, ove si consideri che la legge non permetteva alle donne di maritarsi prima di venticinque anni, nè agli uomini di prender moglie prima de' trenta (3).

§ 3. Nella legislazione del Corano l'epoca della maggiore età è determinata all'età di quindici anni, sempre che non si sieno manifestati prima i segni esterni della pubertà; dappoichè può anche

(1) PAUTHIER, Description de la Chine p. 236 e 237.

(2) PASTORET, V. 1 p. 104.

(3) PASTORET, V 2 p. 626.

verificarsi nell'età di dodici anni per gli uomini e di nove per le donne, qualora in tal epoca siasi dopo un'ispezione fisica certificato lo sviluppo della pubertà (1). Questo sistema, come si vede, rassomiglia a quello degli Ebrei, ed è quello tuttavia in vigore nell'attuale legislazione della Turchia (2). La tutela secondo Maometto è stabilita soltanto per gli orfani: quanto ai figli, il cui padre è tuttora vivente, la legge niuna regola prescrive intorno alla loro capacità giuridica. Maometto impone ai tutori di aver cura della persona e de' beni dell'orfano, e di render conto della loro amministrazione alla fine della tutela e in presenza di testimoni. La tutela cessa con la pubertà; ma sembra che secondo il profeta debba tenersi presente anche lo sviluppo morale del pupillo; poichè il Corano dice che i tutori non debbono affrettarsi a restituire i beni agli orfani solo perchè li veggono cresciuti, ma bensì prima esaminare come sieno sviluppate le loro facoltà intellettuali (3). Non s'indica nel Corano a quali persone spetti la tutela: secondo lo spirito della legislazione essa sembra un ufficio di beneficenza, che ognuno può assumere, purchè lo eserciti pel maggior vantaggio del pupillo (4).

(1) AMIABLE, op. cit. p. 240 — DE S. JOSEPH, T. IV p. 433.

(2) MOULIN, Unité de législation civile en Europe p. 180.

(3) CORANO, Cap. IV § 2, 5, 6, 7, 11.

(4) SAGOT-LESAGE, Etude sur la législation de Mahomet, nella *Revue historique* cit. T. IV p. 476.

§ 4. In Atene l'età maggiore era fissata a venti anni; a tal epoca cessava la patria potestà e la tutela de' minori. Il tutore era nominato dal padre col testamento, e in difetto di lui dall'arconte, alla cui vigilanza erano sottoposti tutti i tutori. Solone vietò di scegliere il tutore fra' più prossimi agnati, eredi presuntivi del pupillo, temendo che in essi la speranza di raccogliere presto la successione non fosse stimolo ad affrettare la morte del pupillo. Vietò del pari al tutore di sposare la madre del pupillo o della pupilla, a meno che la madre non fosse stata a tale matrimonio autorizzata dal testamento del padre defunto. Il tutore doveva render conto della sua amministrazione, e perciò il suo patrimonio rimaneva obbligato a favore del pupillo: l'azione contro i tutori per la cattiva amministrazione della tutela era pubblica e durava cinque anni a contare dalla maggiore età. Tra gli altri obblighi il tutore aveva quello di dare in fitto i beni de' minori e degli orfani, e l'affitto doveva farsi per bando innanzi al tribunale dell'arconte(1).

§ 5. A Sparta la tutela de' minori doveva sembrare superflua, sia per l'organamento della proprietà, sia perchè la cura della persona e dell'educazione dell'uomo si apparteneva sin dalla nascita non alla famiglia, ma allo Stato. Tuttavia Licurgo istituì la tutela per l'amministrazione del patri-

(1) PETIT, in *leges atticas* Lib. VI tit. 1 § 18, tit. 7 § 1 a 4.

monio de' pupilli, e, a differenza di Solone, la deferì ai più prossimi agnati (1). È ignota l'epoca in cui cessava l'età minore: del resto poco o niuna importanza poteva avere la determinazione della maggiore età in una legislazione nella quale lo Stato non lasciava all'individuo, sia nell'infanzia sia nell'età adulta, alcuna libertà di regolarsi da sè, nè nella vita pubblica, nè nella privata. Sembra che l'età del matrimonio fosse fissata a venti anni per le donne ed a trenta per gli uomini, sia perchè questa è l'età prescritta da Platone, che ha tolto a modello molte leggi di Licurgo, sia perchè prima di trent'anni gli Spartani non avevano dritto di voto nelle assemblee generali del popolo, e quindi potrebbe inferirsene che innanzi a tal epoca neppure potessero considerarsi come capi di famiglia (2).

§ 6. Presso i Sibariti ed i Turii la tutela, giusta una legge di Caronda, era per la cura della persona e dell'educazione de' pupilli affidata ai parenti materni, e per l'amministrazione de' beni ai parenti paterni; dappoichè si considerava che la doppia cura della persona e de' beni avrebbe potuto divenire un'insidia per la vita del pupillo, ove fosse riunita nelle mani dei parenti paterni, ch'erano i soli chiamati a succedere (3). L'epoca nella quale

(1) PASTORET, V. 1 p. 745.

(2) BARTHELEMY, Voyage etc. Nota LXVIII p. 661.

(3) DIODORO, Lib. XII c. 4.



l'uomo rimaneva libero dalla potestà de' genitori era, secondo la legislazione di Caronda, quella in cui poteva essere iscritto nelle curie pubbliche della città (1).

§ 7. I Romani come gli altri popoli primitivi desumevano l'età della capacità civile dallo sviluppo della pubertà. Nel principio la pubertà si faceva dipendere dallo sviluppo fisico di ciascun individuo (*habitus corporis*); ma poi la giurisprudenza cercò di stabilire una norma precisa e determinata, nel che varie si manifestarono le opinioni. I Próculeiani seguendo l'avviso degli stoici fissarono l'età della pubertà a quattordici anni compiuti. I Sabiniani adottarono l'antico sistema dello sviluppo individuale. Altri poi richiedevano ad un tempo le due condizioni, cioè una certa età e i segni esterni della pubertà (2). Giustiniano pose termine a questa divergenza determinando l'età pubere a quattordici anni per gli uomini ed a dodici per le donne.

La tutela cessava all'epoca della pubertà; di maniera che a quest'epoca i minori, che non erano sotto la potestà del padre, si reputavano capaci di tutti gli atti della vita civile, *sui juris*. Soltanto i furiosi e i prodighi, secondo le dodici tavole, e in appresso anche tutti quelli colpiti da un'infermità perpetua, che li rendeva incapaci, rimanevano uscendo dalla tutela sotto la sorveglianza de' loro

(1) DIONIGI D'ALICARNASSO, Lib. II § 26.

(2) GAIUS, I § 196. ULP. XI § 28.

agnati e gentili (*legitima curatio*), e in difetto di questi sotto la sorveglianza di un curatore destinato dal magistrato (1).

Ma in progresso di tempo si avvertì che l'epoca della pubertà era troppo precoce per la capacità civile de' minori, i quali per la loro inesperienza rimanevano nelle contrattazioni continuamente vittime di frodi e d'inganni. Si manifestò quindi la necessità di una maggiore protezione: all'uopo la legge Platoria del sesto secolo di Roma minacciò di giudizio criminale quelli che commetterebbero frodi a danno de' minori di venticinque anni abusando della loro inesperienza (2); ed inoltre vietò di fare con essi alcune determinate convenzioni, cioè i mutui e le obbligazioni che avevano luogo col mezzo della stipulazione (3). Indi si ammise che i minori di anni venticinque potessero nelle particolari contrattazioni in cui erano interessati domandare al pretore l'assistenza di un curatore speciale (*ad hoc*): poi Marco Aurelio, estendendo questo sistema, statuì che ogni minore potesse domandare un curatore non solo per casi determinati, ma in generale per essere assistito in tutti gli atti giuridici che potevano occorrergli sino all'età di anni venticinque (4).

(1) ULP. XII. Dig. Lib. 27 t. 10 fr. 2. Lib. 50 t. 4 fr. 1 § 4.

(2) CIC. De natura Deorum, III, 30. « Inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria. » De Offic. III, 15.

(3) WALTER, Storia del dritto di Roma, V. 2 § 529.

(4) JUL. CAPITOLINUS, Marc. Anton. Phil. c. 10.

I minori non potevano ordinariamente senza l'assistenza di un curatore stare in giudizio, ricevere un pagamento e fare quietanza ; perciò uscendo dalla tutela si trovavano nell'impossibilità di ricevere soli i conti dei loro tutori : onde il bisogno per tutti i minori, ch'erano stati sotto tutela, di domandare l'assistenza di un curatore. I minori che erano divenuti *sui juris*, cioè ch'erano usciti dalla patria potestà dopo avere raggiunta l'età pubere, avevano in generale piena capacità di agire ; ma gli altri minori, sebbene potessero liberamente obbligarsi, non avevano però l'amministrazione dei beni, e specialmente erano incapaci, senza il consenso del loro curatore, di fare atti di alienazione, acquistare un'eredità e costituire una dote (1).

La curatela cessava ordinariamente a venticinque anni ; ma gli uomini maggiori di anni venti e le donne maggiori degli anni diciotto potevano secondo una costituzione di Aureliano ottenere dall'imperatore una dispensa di età, *venia aetatis*, salvo il divieto di alienare o ipotecare i beni immobili senza l'autorizzazione del magistrato (2).

La tutela degl' impuberi era deferita a colui ch'era stato nominato tutore col testamento del padre; ai tempi di Papiniano la facoltà di nominare il tutore fu accordata anche alla madre ed all'estraneo che istituiva erede il pupillo. In di-

(1) MAYNZ, T. 2 p. 634, 636, 637.

(2) Cod. Lib. II, tit. 54 c. 1, 2, 3.

fetto di tutore testamentario le dodici tavole deferivano la tutela ai più prossimi agnati secondo l'ordine con cui erano chiamati alla successione (*tutela legitima*) (1). In mancanza di tutore testamentario o legittimo il tutore era designato dal magistrato, per lo più dal pretore, *tutor prætorius*, *tutor ad hoc* ; ma ciò aveva luogo solo pei casi speciali, per esempio, se fosse impegnata una lite fra il tutore e il minore; dappoichè la tutela dativa come istituzione permanente e generale non ebbe origine se non con la legge Atilia vigente nel sesto secolo di Roma, per la quale il dritto e il dovere di designare un tutore fu attribuito al pretore della città in unione ai tribuni della plebe (2).

§ 8. La tutela presso i Germani era un potere essenzialmente protettore, che si esercitava non solo pe' minori di età e per le persone fisicamente incapaci, ma a favore di tutti coloro che, sia per la loro debolezza sia per la loro condizione, mancavano di difesa e di assistenza. Perciò essa riguardava anche le vedove e le donne in generale, come altresì gli orfani o quelli privi di parenti maschi, i bastardi e gli stranieri. Tutti costoro erano posti sotto la tutela della società rappresentata dal sovrano; onde i re e i principi, e per essi il fisco o i magistrati, si riguardavano, così nei tempi barbari come nel medio evo, quali i supremi tutori de' pupilli e

(1) GAIUS, I, 155, 156, 164. Dig. Lib. 26, tit. 4 fr. 1.

(2) MAYNZ, T. 2 p. 598.

dei deboli. Questo sistema di protezione generale degli esseri deboli, proprio dell' indole generosa dei popoli germanici, era del resto imposto dalle stesse condizioni di una società non ancora regolarmente costituita, nella quale, chi mancava di parenti che lo proteggessero, non avrebbe potuto, abbandonato a sè solo, vivere sicuro e garentirsi dalle violenze e dagli abusi della forza privata.

Era tutore (1) per le antiche leggi germaniche, scandinave e slave il più prossimo parente maschio della linea paterna, quegli che doveva assumere la vendetta, che aveva dritto al *wergeld*, ch'era in altri termini il più prossimo erede del pupillo. Per regola il fratello del padre era il tutore del nipote, il fratello lo era della sorella (2). Ordinariamente fra parenti dello stesso grado si preferiva nella tutela il più vecchio d'età (3). In molti luoghi però, come presso i popoli slavi (4), e in progresso di tempo anche nella Germania, all' infuori della Sassonia (5), erano chiamati alla tutela anche i parenti del lato materno; di modo che il più pros-

(1) Il tutore negli antichi monumenti germanici e del medio evo è designato con varie denominazioni: *foramunto*, *muntporo*, *mundoaldus*, *guardianus*, *bajulus*: donde il francese *mainbour-nie*, *bail*, *baillistre*: in olandese si diceva *momboir*, in inglese *guardian*, in alemanno *vormund*, *vogl*, in danese *värge*. GRIMM, p. 465.

(2) GRIMM, p. 466.

(3) EINECCIO, Elem. jur. germ. Lib. I § 352.

(4) MACIEIOWSKI, T. II § 223.

(5) STRYKIO, Lib. XXVI. Pand. tit. 4 § 2.



simo cognato era preferito all'agnato più lontano, e perciò il fratello della madre poteva essere tutore al pari del fratello del padre. La legislazione inglese forma un'eccezione alle altre legislazioni del medio evo; dappoichè alla tutela *en socage*, cioè a quella de' minori aventi beni fondi, chiamava, a differenza del dritto romano e conformemente alla legge di Solone, il più prossimo parente del pupillo che non fosse fra gli eredi presuntivi di costui, temendo, come Solone, che l'erede più prossimo divenuto tutore potesse sacrificare gl'interessi del pupillo a quelli suoi proprii: onde Coke e Fortescue dicevano che confidare la tutela al più prossimo erede valeva lo stesso che *agnum committere lupo ad devorandum* (1).

Ordinariamente alla tutela del minore rimasto senza padre era chiamata la madre in preferenza a qualunque agnato, laddove prima di Giustiniano la madre non era mai chiamata alla tutela de' figli secondo il dritto romano. Le leggi barbare invece ammettevano la tutela materna (2), conformemente a' principii germanici che attribuivano egualmente al padre e alla madre il *mundium* su' figli. Nel medio evo poi la tutela della madre, sempre che non si fosse rimaritata, fu riconosciuta da tutte le legislazioni. Così era ammessa dappertutto in Germania (3) come pure in Inghilterra,

(1) BLACKSTONE, T. II p. 254, 255.

(2) Lex Burg. T. LIX. Leg. Visig. IV, 2, 13.

(3) EINECCIO, Lib. I § 351, 368.

meno per la tutela *en socage* (1), negli statuti delle città italiane (2), nei paesi scandinavi secondo le leggi di Svezia, di Danimarca e d'Islanda (3), e ne' paesi slavi. Però in Polonia il figlio maggiore era secondo Lelewel preferito alla madre nella tutela dei fratelli minori (4). La madre poi fu nel medio evo ammessa alla tutela anche ne' feudi e ne' principati: durante la minore età dell'erede del trono la madre prendeva cura della persona di lui e governava lo Stato in qualità di tutrice, come mostrano molti esempi nella Germania, nell'Inghilterra, nella Scozia, nella Svezia, e specialmente in Francia, dove restò celebre la reggenza delle regine tutrici (5).

§ 9. La tutela della famiglia romana adottata dalle moderne legislazioni era un dovere che imponeva dei pesi; la tutela germanica per l'opposto era anche un dritto della famiglia, e, come tale, produceva de' vantaggi: il tutore perciò faceva suoi i frutti dei beni del pupillo, ed era quindi dispensato dall'obbligo di render conto (6). Onde le leggi

(1) BLACKSTONE, T. II, p. 253.

(2) GANS, Dritto di successione nella storia italiana, p. 68.

(3) LAFERRIÈRE, Histoire du droit français, T. VI, p. 462, 466, 468, 470.

(4) MACIEIOWSKI, T. II § 223.

(5) STRYKIO, Lib. XXVI Pandect. tit. IV § 11, 12 e 13.

(6) Anche la legge dei Visigoti attribuiva al tutore una parte delle rendite: « Cui (tutori) tamen de fructibus ad victum praesumendi partem decimam non negamus. » Lib. IV tit. 3 § 3.

e consuetudini del medio evo attribuivano a'tutori legittimi tutti o parte de'frutti dei beni pupillari; come per regola trovasi stabilito ne' paesi scandinavi, in Inghilterra, in Francia, in Alemagna, nella Spagna (1). Questo sistema era anche più comune ne' paesi slavi: così la *Prawda Ruska* dava facoltà al tutore di disporre liberamente de'mobili del minore, con obbligo di restituire alla fine della tutela il capitale, i parti degli animali ed i figli degli schiavi nati durante le tutela stessa. In Boemia si attribuiva al tutore il terzo delle entrate dei beni pupillari. Inoltre presso gli Slavi esisteva generalmente l'uso di attribuire al tutore, che non fosse fra gli eredi del pupillo, una parte dell'eredità del minore morto prima di raggiungere la maggiore età. Il padre stesso soleva nel nominare un tutore a' proprii figli assicurare al medesimo una porzione dell'eredità del minore, sia in beni mobili, sia in beni immobili. Qualora poi per non avere alcuno de' parenti voluto assumere la tutela era stata questa esercitata dal magistrato, in tal caso, se il pupillo moriva durante la minore età, un terzo de'suoi beni era devoluto al magistrato e gli altri due terzi spettavano al fisco (2).

In progresso di tempo prevalendo l'influenza del dritto romano venne a poco a poco a cessare il

(1) EINECCIO, Lib. I, § 353. — KOENIGSWARTER, Histoire etc. p. 146.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 304, T. II §. 227.

drutto di usufrutto riservato a'tutori; pure ai tempi di Eneccio esisteva ancora nella Germania: i tutori in compenso della tutela ricevevano un salario o un'indennità, come nella Baviera, nel Wurttemberg, nel Tirolo, in Magdeburgo, o anche un vero usufrutto di tutti o di parte dei beni pupillari, come in Ratisbona e in qualche altro paese, specialmente nella tutela dei nobili (1).

Intanto le leggi germaniche se da una parte accordavano de' vantaggi ai tutori, dall'altra garantivano efficacemente la proprietà dei beni affidati alla loro amministrazione; dappoichè ai tutori era generalmente vietato di alienare i beni dei pupilli senza l'autorità del magistrato, e quando essi erano estranei o non godevano dell'usufrutto dei beni pupillari, avevano l'obbligo di rendere in ogni anno conto della loro gestione, e non soltanto alla fine della tutela (2). Le leggi slave stabilivano gli stessi principii, e quelle di Polonia dichiaravano imprescrittibili gl'immobili dei minori che il tutore avesse per avventura alienati durante la tutela (3). Ben si scorge da tutto ciò quanto il sistema delle leggi germaniche e settentrionali fosse differente da quello del dritto romano; poichè in Roma i tutori e curatorî avevano la libera disposizione dei beni de' minori, e soltanto sotto Settimio Severo

(1) ENECCIO, Lib. I § 371.

(2) ENECCIO, Lib. I § 385, 386.

(3) MACIEIOWSKI, T. II § 226.

fu loro interdetta l'alienazione degl'immobili senza l'autorizzazione del magistrato (1).

§ 10. Con l'introduzione della feudalità l'indole della tutela subì delle gravi alterazioni: l'antico *mundium* germanico, la tutela legittima de' parenti, cedè il luogo a'dritti e alle prerogative de' signori feudali, ossia alla guardia nobile o baliato; e mentre prima la tutela era un ufficio della famiglia da esercitarsi nell'interesse del pupillo, divenne poi un dritto nell'interesse dei feudatarii, una regalia del signore feudale. Ciò del resto era una conseguenza del sistema feudale. In fatti importava al signore del feudo che durante la minore età dell'erede feudatario fosse esattamente adempiuto il servizio del feudo stesso, e che questo non fosse posseduto da un vassallo poco accetto o infedele: onde era naturale ch'ei prendesse ingerenza nella tutela di detto erede, tanto più che costui come vassallo stava sotto la protezione e la difesa del signore, il quale perciò non poteva rimanere indifferente alla cura della sua persona. Durante il baliato il signore aveva tutti gli attributi della signoria nel feudo, e quindi ne percepiva anche i frutti; perciò non era in generale obbligato a render conto, ma d'altra parte dovea pagare i debiti annessi al feudo; onde in Francia era invalsa la massima: *Qui bail ou garde prend, quitte le rend* (2).

(1) Dig. Lib. 27 tit. 9 fr. 1.

(2) LAURIÈRE SUR LOISEL, Lib. I tit. IV § 1, 11.



I signori raramente esercitavano la tutela eglino stessi; per lo più mediante un compenso, che consisteva nella percezione di un' annua rendita, la cedevano o delegavano a persone di loro fiducia, e spesso a qualche parente del minore. L' uso di queste delegazioni divenne generalmente una sorgente ricchissima di rendite nelle mani de' signori feudali, e sovente una materia di speculazione e di commercio, solendo essi vendere a prezzo d' oro la tutela de' minori non altrimenti che il consenso pel matrimonio delle vassalle (1).

Il baliato o guardia nobile fu comune in tutti i paesi feudali di Europa, in Germania, in Inghilterra (tutela *en chevalerie*). (2), in Francia, in Italia (3). Avea luogo non solo pe' feudi che dipendevano immediatamente dalla corona, ma anche pe' feudi di second' ordine; di maniera che spettava al signore destinare il tutore a' minori che abitavano nelle terre di sua giurisdizione. Onde i parenti più prossimi de' minori perdettero ogni ingerenza nella tutela,

(1) MEIER, Istituzioni giudiziarie, traduz. ital. V. III p. 263, 264. — EINECCIO, Lib. I § 348, 375 nota.

Così nella collezione delle carte di Olanda trovansene due, le quali mostrano come nel 1326 il conte Guglielmo d' Annonia e d' Olanda cedeva la tutela de' figli minori del signore di Myn-den al loro più prossimo parente, mercè una retribuzione annua di centotrenta lire durante la loro minore età, riservandosi tuttavia il dritto di maritare le figlie. MEIER, ivi:

(2) BLACKSTONE, T. II p. 410.

(3) Const. Reg. Sic. Lib. III tit. 26 e 30.

e i genitori la facoltà di designare col testamento un tutore a' proprii figli, essendo solo qualche volta concessa loro tale facoltà per privilegio o grazia sovrana (1).

Il baliato ordinariamente non aveva luogo pei beni ignobili o non dipendenti da feudo, i quali rimanevano soggetti ai principii generali sulla tutela. Così nei paesi feudali allato alla tutela nobile o baliato esisteva la tutela ordinaria dei non nobili o non aventi feudi. L'una e l'altra distinguevansi, quanto agli effetti, specialmente in ciò che il baliato ordinariamente durava per un tempo più lungo della tutela e che il balio faceva suoi i frutti dei beni pupillari, o almeno riceveva sempre un compenso, laddove il principio di una retribuzione era già scomparso nella tutela ordinaria.

In alcuni paesi, come in Francia, prevalendo nelle classi medie lo spirito d'imitazione per gli usi de'nobili, il baliato o guardia nobile s'introdusse, sotto il nome di *guardia borghese*, anche nelle famiglie della borghesia e pe' beni non feudali, applicandosi in ispecie alla tutela de' genitori su' figli: di maniera che il padre e la madre superstiti percepivano durante la minore età de' figli le rendite de' beni di costoro, non altrimenti che il balio faceva sue le rendite dei beni feudali (2).

(1) MEIER, V. III, p. 266.

(2) LAFERRIÈRE, Histoire etc. T. VI p. 353.

§ 11. In progresso di tempo la tutela feudale fu limitata soltanto ai minori rimasti senza padre e madre, e indi declinando la feudalità venne a poco a poco a cessare ogni ingerenza de' signori in materia di tutela. Intanto, essendosi i dritti e le prerogative dei signori feudali trasferiti nello Stato e ne' comuni che si affrancavano dalla soggezione, seguì che lo Stato ed i comuni si sostituirono ai signori feudali anche nell'ingerenza e nella sorveglianza della tutela de' minori. Per tal modo in luogo di risorgere il sistema della tutela legittima, che il dritto romano e le prime leggi germaniche attribuivano ai più prossimi parenti del minore, e che era scomparsa sotto la tutela de' signori feudali, s'introdusse il sistema di una tutela dativa, da dover essere conferita dall'autorità pubblica, sia giudiziaria, sia amministrativa, la quale venne preposta così alla nomina de' tutori come alla vigilanza della loro gestione. Laonde in alcuni paesi s'istituirono all'uopo de' tribunali pupillari, come ne' Paesi Bassi e nelle città libere di Germania e d'Italia (1): così in Firenze la repubblica nel secolo decimoquinto istituì il magistrato de' pupilli (2). Attualmente questi tribunali sono stabiliti nel dritto comune germanico, in Austria, in Prussia e nella Russia (3). Altrove la nomina

(1) MEIER, V. III p. 265.

(2) FORTI, Istituzioni civili. V. 2 p. 446.

(3) DE S. JOSEPH, T. I Introdutt. p. XXXVI.

e la sorveglianza de' tutori fu attribuita ai consigli comunali delle città, siccome è anche adesso nella Svizzera pe' cantoni di Appenzel, Argovia, Berna, Ticino e Zurigo (1). In altri paesi gli affari concernenti le tutele furono affidati alla stessa famiglia de' pupilli sotto la sorveglianza de' consigli di famiglia, ricevuti generalmente in tutti i paesi della Francia e poscia col codice Napoleone introdotti nel Belgio, in Italia, in Portogallo, in Baden, in Ginevra e nel Vallese (2).

Questa istituzione de' consigli di famiglia era del resto conforme agli antichi principii germanici, secondo i quali in tutti gl'interessi degl'incapaci era richiesto l'intervento e l'avviso de' parenti: sistema che si conservò in tutti i paesi germanici, nella Svezia, ne' Paesi Bassi, nella Svizzera, in Livonia e altrove (3). Nell'Inghilterra, rimasta fedele alle antiche istituzioni feudali, la tutela de' minori si ritiene tuttora appartenere al re, e perciò la nomina e la sorveglianza dei tutori, come la decisione di tutte le cause relative alla loro gestione, è affidata alla corte del Lord cancelliere (4).

§ 12. Quanto all'epoca in cui cessava la tutela, ossia alla maggiore età, gli antichi Germani al pari degli altri popoli primitivi la desumevano dallo

(1) DE S. JOSEPH, p. XXXII.

(2) DE S. JOSEPH, p. XXXIII.

(3) KOENIGSWARTER, Histoire etc. p. 292.

(4) MEIER, V. 3 p. 264.

sviluppo delle forze fisiche, dall'attitudine a portare le armi, come osserva Tacito (1). Spesso pure confondevano l'età della capacità civile con quella dell'imputabilità morale de' delitti. Le diverse leggi barbare informate a questi principii fissarono la maggiore età in un'epoca assai precoce, per lo più a quindici anni, come in generale disponevano le leggi de'Visigoti (2), de'Franchi (3), de'Borgognoni (4), le Assisie di Gerusalemme (5), gli Stabimenti di S. Luigi, e le antiche leggi e consuetudini scandinave; e questa età si è conservata in molti statuti della Germania anche nel medio evo (6). Altre leggi la fissarono a dodici anni, come la legge salica (7), le antiche leggi longobarde di Rotari (8), e varii usi provinciali della Svezia e di Alemagna (9). Le prime leggi anglosassoni la fissarono a dieci anni, poi l'estesero sino ai dodici (10). Per le leggi longobarde di Liutprando la maggiore età fu stabilita a diciotto anni (11); si-

(1) De moribus Germ. c. XIII. Pater vel propinquus scuto framaeque iuvenem ornant. Haec apud illos toga, hic primus iuventutis honos; ante hoc domus pars videntur, mox reipublicae.

(2) Lib. IV T. 3 § 1.

(3) Tit. 81.

(4) Tit. 87 § 1.

(5) Corte de' Borghesi c. XIV.

(6) GRIMM, p. 415.

(7) Tit. XXVIII, 6.

(8) ROTH. 155.

(9) GRIMM, p. 414.

(10) CANCELLI, Leg. Barb. T. IV p. 230 n. VI, , 260 n.

(11) Leg. Lang. Lib. II tit. 29 § 1 e 6.



stema che poi fu seguito nel regno di Napoli e generalmente in Italia. È da notare però che non per tutti gli atti civili era fissata la stessa età: così per le leggi de' Visigoti bastava l'età di anni dieci per poter fare testamento; bisognava poi quella di venti per esser tutore de' fratelli e delle sorelle minori (1).

Nelle leggi slave non era da principio determinata alcuna età precisa; dappoichè, come presso tutti i popoli primitivi, la capacità civile si desumeva non tanto dal numero degli anni quanto dallo sviluppo fisico individuale. La *Prawda Ruska* dice che i minori debbano restare sotto tutela fino a che possano governarsi da sè; e secondo Karamsin e Reutz il termine della minore età e della patria potestà era determinato dall'autorità e dall'avviso della famiglia. In appresso l'età maggiore fu fissata in alcuni paesi a dodici anni per le donne ed a quindici per gli uomini; in Ungheria fu poi estesa a venti anni così pe' maschi come per le femmine, salvo per alcuni atti, pe' quali era determinata un'età più lunga o più breve. In Polonia nel 1768 fu stabilita a diciotto anni per l'uno e per l'altro sesso; però bisognava l'età di ventiquattro anni per fare atti di alienazioni di beni (2).

§ 13. Per le istituzioni feudali come allato alla tutela ordinaria s'introdusse la guardia nobile dei

(1) Leg. Wisig. Lib. IV tit. 3 § 3, 4.

(2) NACIEIOWSKI, T. II § 224, 225. T IV § 299, 302.

signori , così allato alla maggiore età comune fu stabilita un'altra maggiore età, quella feudale, la quale si distingueva dalla prima, perchè avea principio più tardi, cominciando per lo più a ventun anni. Ciò ebbe origine dall'esigenze del servizio militare, condizione essenziale dei feudi; dappoichè a'tempi della feudalità essendo le armature divenute pesanti, come per esempio le corazze di ferro, il servizio militare richiedeva uno sviluppo fisico maggiore di quello necessario per portare le armi leggiere degli antichi Germani , come il giavellotto e lo scudo. D'altra parte in quell'epoca di combattimenti giudiziarii, di giostre e di tornei, l'attitudine al maneggio delle armi era, specialmente pe' nobili, la condizione più importante per figurare quale membro attivo della società ; e perciò era naturale che dall'età idonea al maneggio delle armi si desumesse pure l'età atta all'esercizio de' dritti civili. Per conseguenza la maggiore età feudale fu in Francia come altrove fissata a ventun anni, che era l'età nella quale cominciava pe' gentiluomini l'obbligo del servizio militare (1). Un'antica raccolta di consuetudini inglesi detta *Fleta*, così dà ragione della distinzione tra la maggiore età feudale e quella borghese : « Ante aetatem vero  
« viginti unius annorum robustos vel habiles ad  
« arma suscipienda pro patriae defensione non re-

(1) AMIABLE, p. 215, 219. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Lib. 18, c. 26.

« putantur , et ideo undres dicuntur , et sub tu-  
« tela dominorum interim remanebunt. Et haeres  
« burgensis quam citius discretionem habebit de-  
« narios numerandi, pannos ulnandi, et huiusmo-  
« di , plenam aetatem dicitur obtinere , et tunc  
« primo finitur tutela (1). » Per queste diverse  
maggiore età, comune e feudale, spesso avveniva  
che un medesimo individuo era nel tempo stesso  
maggiore e minore: così secondo alcune consuetudi-  
ni di Francia un nobile, possessore anche di beni  
non feudali, era minore sino a ventun anni pe'beni  
nobili o feudali, ed era maggiore sin dai quattor-  
dici pe' beni non feudali (2).

Le donne, non potendo mai con l'età acquistare  
la capacità di fornire il servizio militare del feudo,  
rimanevano ordinariamente sotto la tutela feudale  
sino a che si fossero maritate; ma in appresso le  
leggi e i costumi restringendo i poteri e l'inge-  
renza dei signori, stabilirono anche per le donne  
un'età maggiore, in cui esse, quantunque non ma-  
ritate, cessavano di rimanere sotto la tutela dei  
signori. Quest'età era generalmente più bassa di  
quella degli uomini, poichè non oltrepassava l'e-  
poca atta al matrimonio : così in Francia fu fis-  
sata a quindici anni nei paesi dove l'età minore  
degli uomini durava sino ai ventuno, ed ai dodici  
dove quella degli uomini non si protraeva oltre i

(1) LAURIERE SUR LOISEL, Lib. 1 tit. 1 § 34.

(2) LAURIERE, loc. cit.

quattordici o i quindici. A tal modo la maggiore età feudale fece sparire il principio d'eguaglianza d'età pe' due sessi, che esisteva nella maggiore età germanica; e mentre per le donne l'età della capacità civile rimaneva qual era prima o s'abbassava, quella degli uomini per contrario si protrasse generalmente; poichè sia per l'imitazione della guardia nobile, sia per l'influenza del dritto romano, sia anche più per lo sviluppo della civiltà, si avvertì dappertutto essere troppo precoce per la capacità civile degli uomini l'età di dodici, quattordici o quindici anni stabilita dall'antico dritto germanico (1). Così in Inghilterra l'età maggiore fu stabilita agli anni ventuno; in Francia fino al 1789 era generalmente fissata a venticinque anni, meno in Normandia dove si compiva a venti anni (2). Parimenti anche sino agli anni venticinque fu protratta nel Belgio, nell'Olanda e in gran parte dell'Alemagna (3). Nella Sassonia e nella Prussia elettorale l'età minore terminava agli anni ventuno: in Amburgo e giusta gli statuti di altre città alemanne cessava a diciotto anni (4).

Nelle legislazioni moderne di Europa e di America l'età maggiore, in cui si acquista la piena capacità civile, varia dagli anni ventuno, ch'è l'epo-

(1) AMIABLE, p. 219, 223.

(2) Id. p. 227 a 229.

(3) STRYKIO, Lib. XXVI Pandect. tit. 1 § 9.

(4) STRYKIO, Lib. IV Pandect. tit. IV § 5 e 6.

ca più generalmente adottata ad esempio del codice Napoleone, fino agli anni venticinque. Soltanto in alcuni cantoni della Svizzera è stabilita prima degli anni ventuno, cioè nel codice di Neufchatel, che la fissa agli anni diciannove, e in quelli di Friburgo, di Soletta e del Ticino, dove è stabilita ai venti anni (1). In Danimarca e in Norvegia è fissata agli anni diciotto; ma i minori uscendo in questa età dalla tutela, rimangono soggetti alla curatela sino agli anni venticinque (2).

## CAPO XI.

### Tutela e capacità giuridica delle donne.

§ 1. Fra le persone tenute nello stato di tutela veggonsi nella storia della umanità, oltre i minori e gl' incapaci per difetti fisici o morali, anche le donne sebbene maggiori di età. Le diverse legislazioni, seguendo una credenza che ha dominato presso tutti i popoli, quella cioè dell' inferiorità della donna rispetto all' uomo, hanno stabilito un' ineguaglianza nella condizione de' due sessi ed una specie d' incapacità per le donne nei varii rapporti della vita, rifiutando ad esse l' esercizio di quelle facoltà e di quei dritti che hanno

(1) DE S. JOSEPH, T. I Introdutt. p. XXXI.

(2) DE S. JOSEPH, T. II p. 143, T. III p. 7.



riconosciuto negli uomini. Quest' inferiorità e dipendenza della metà del genere umano, ch' è un fatto universale nella storia de' popoli, dipende dalla natura stessa delle cose e dalla condizione stessa della società umana. La donna per la propria sua costituzione è un essere debole rispetto all'uomo: ora la storia mostra che l' umanità quasi inconsciamente fu sempre dominata dalla preponderanza della forza; l'uomo, rappresentante della forza, ha perciò riguardato la donna, ch' è debole, come essere inferiore a lui, e per conseguenza incapace di quella sfera di azioni e di dritti che non sembrano strettamente necessari per le condizioni della vita materiale (1). Di qui l'incapacità delle donne alle funzioni pubbliche, dalle quali furono sempre escluse presso tutti i popoli, anche nello stato di civiltà più progredita. Imperocchè, per quanto la civiltà abbia potuto migliorare la condizione della donna elevandola a grado a grado a compagna ed eguale dell'uomo, non è però mai giunta, meno nell'ordine dinastico, ad ammettere ch'essa potesse, compiendo uffici pubblici, esercitare au-

(1) Il principio della preponderanza della forza come base dei rapporti sociali avea tale impero presso taluni popoli, che si riteneva dovesse l'uomo dipendere dalla donna ove questa avesse mostrato di possedere più forza fisica di lui. Così Eliano nelle sue Storie lib. XII cap. 38, parlando de' Saci, popoli della Scizia, dice: « Si quis puellam uxorem ducere cupit, pugnam cum ea suscipit, et si illa superior sit, captivum abducit atque imperium in eum tenet; sin inferior, regitur ab ipso. »

torità e predominio sull'uomo al pari dell'uomo stesso.

L'incapacità poi delle donne negli atti della vita civile e nella famiglia è un fatto che si manifesta presso tutti i popoli primitivi ed anche in quelli inciviliti fra' quali è in uso la poligamia e la famiglia costituisce una società più politica che privata. Presso i popoli così ordinati la condizione delle donne è sempre soggetta, sia perchè, come esseri deboli, esse sottostanno al predominio della forza personificata nell'uomo, sia perchè, verificandosi per le donne piuttosto l'estinzione che la perpetuazione delle rispettive famiglie, sono esse ordinariamente sacrificate agl'interessi dell'agnazione, nella quale si concentra e si perpetua il nome e il sangue della famiglia. Però, mentre l'incapacità politica delle donne si è mantenuta costantemente attraverso i progressi anche più avanzati della civiltà, l'incapacità civile ha subito l'influenza dei progressi sociali e della trasformazione della famiglia, venendo a modificarsi e a cessare semprechè e dovunque la civiltà ha sostituito il predominio del dritto a quello della forza, e la famiglia da società politica nell'interesse dell'agnazione si è trasformata in società di natura, retta da' vincoli di sangue e delle affezioni domestiche. Tutto invero dimostra la verità di quella sentenza, che ad ogni passo che l'uomo ha fatto verso la civiltà la donna ha fatto un passo verso

l'eguaglianza con l'uomo, e che la maggiore o minore considerazione per la donna è la misura del progresso di una nazione nella vita sociale.

§ 2. Nelle nazioni orientali, in mezzo alla poligamia e all'ordinamento politico delle famiglie, le donne non hanno capacità civile; viventi in una continua reclusione domestica, esse sono sotto la perpetua tutela e subordinazione degli uomini. Così nella Cina la donna rimane sequestrata per tutta la vita: essa, come dice un libro cinese, non può prendere alcuna ingerenza nella direzione della famiglia, nè in alcuna circostanza della vita può essere padrona di sè stessa; poichè vi sono tre persone a cui deve successivamente obbedienza, il padre, il marito, e, quando è vedova, il figlio primogenito (1). In mancanza di figli la vedova dipende dai parenti più prossimi del marito, ai quali deve chiedere il consenso per rimaritarsi (2).

Nell'India le donne secondo il codice di Manù sono similmente sotto una perpetua tutela: nell'infanzia, dice Manù, esse dipendono dal padre, nella gioventù dal marito, nella vedovanza da' loro figli e in mancanza di questi dai più prossimi parenti del marito o del padre, e, se non hanno parenti paterni, dal sovrano; nè nulla debbono mai fare a loro volontà (3). Le donne perciò sono

(1) PAUTHIER, Description de la Chine, p. 239.

(2) MARTIN, Histoire de la femme T. 1, p. 2, 33.

(3) MANÙ, Lib. V § 148. Lib. IX § 3.

incapaci di esser tutrici anche de' proprii figli minori (1).

Nella Persia la condizione delle donne poco differiva da quella ch'era nell'India: vivendo allo stesso modo rigorosamente sequestrate e subordinate agli uomini, rimanevano prive dell'esercizio totale delle loro facoltà morali ed intellettuali (2).

Presso gli Ebrei, malgrado la poligamia e il ripudio, la condizione delle donne era più indipendente e garentita che nel resto di Oriente. Quantunque subordinate e soggette agli uomini della famiglia, esse non vivevano sequestrate dalla società, nè agli occhi della legge erano prive di dritti e di volontà propria: avevano il carattere di vere cittadine, tanto che nelle grandi assemblee del popolo e quando si trattava dell'adozione generale delle leggi esse non erano tenute in disparte: così al ritorno dalla cattività di Babilonia le donne prestarono come gli uomini il loro giuramento di adesione (3). Inoltre alcune leggi di Mosè accordarono ad esse una protezione e delle prerogative che non si ebbero da altri legislatori di Oriente (4). Tuttavia i costumi furono alle donne presso gli Ebrei meno favorevoli delle leggi; on-

(1) ESCBACH, Introduction à l'étude du droit p. 598.

(2) MARTIN, T. 1 p. 286, 300.

(3) SALVADOR, Histoire des institutions de Moïse T. II p. 132, 133, 337.

(4) MARTIN, T. I p. 360.

de può dirsi con Montesquieu, ch'esse, libere per le leggi, erano serve pe' costumi (1).

Nel dritto musulmano le donne sono espressamente dichiarate inferiori all'uomo (2), e la loro capacità giuridica nella società non si può dire maggiore di quella che hanno le donne negli altri paesi di Oriente. Così per questa loro inferiorità la composizione o multa dovuta per l'uccisione di una donna è stabilita nella metà di quella dovuta per l'uccisione di un uomo (3); e la testimonianza di un uomo non può esser supplita che dalla testimonianza di due donne (4). Ma in generale la legislazione di Maometto, specialmente nei rapporti di famiglia, recò un gran progresso nella condizione della donna in confronto de' tempi degli Arabi pagani. In fatti il profeta limitò la poligamia; condannò l'antica credenza degli Arabi di ritenere come sventura la nascita di una figlia; proscrisse l'uso inumano ch'essi avevano di seppellire vive le figlie quando non potevano alimentarle (5); proibì di sposare le donne loro malgrado e di attribuirle agli eredi come cose facienti parte dell'eredità dei mariti (6); ammise le donne

(1) SALVADOR, T. II p. 133.

(2) CORANO, Cap. IV § 38.

(3) WARNKÖNIG, Juristische Encyclopädie p. 170.

(4) CORANO, Cap. II § 282.

(5) CORANO, Cap. XVI § 60, 61. Cap. XVII § 33. Cap. LXXXI § 8, 9.

(6) CORANO, Cap. IV § 23, 26.



tutte le faccende domestiche, rimanendo così invertite le occupazioni de' due sessi (1). Ciò potrà essere un racconto esagerato degli storici e dei poeti, ma mostra sempre che in Egitto la condizione delle donne era per lo meno tutt'altro che servile e precaria come nel resto di Oriente.

§ 5. In Atene la condizione fatta alle donne quanto alla loro capacità giuridica non fu migliore che nell'Oriente: esse erano sotto una perpetua tutela: rinchiusse in un appartamento separato della casa, vivevano sequestrate dalla società, e tutte le loro occupazioni si limitavano alle sole cure materiali della famiglia. Il tutore (*chirios*) che la legge loro destinava era il più prossimo parente, quegli che in caso di morte ne avrebbe raccolta la successione: da ciò seguiva che il figlio, dopo la morte del padre, era il tutore legale di sua madre, rimasta vedova (2); e se questa era unica erede (*epiclera*), il figlio assumeva la tutela della madre non ai venti anni, epoca dell'età maggiore, ma sin dall'età di anni sedici (3). A lui spettava di amministrare i beni della madre e di prestarle o rifiutarle il consenso ove volesse rimaritarsi (4).

(1) ERODOTO, lib. II § 35.

(2) CAUVET, De l'organ. de la famille à Athènes, *Revue de leg. et de jur.* T. 24 p. 444, 448.

(3) DEMOSTHEN. Orat. poster. in Stephanum § 18 a 20.

(4) CAUVET, p. 448.

Le donne erano incapaci di ogni atto della vita civile, compresa la facoltà di testare: non potevano da sè sole fare alcun contratto per cosa che eccedesse il valore di un medinno di grano ossia diciotto dramme (1). Si apparteneva al tutore di percepire le loro rendite e di rappresentarle in giudizio: egli poteva alienare i loro beni mobili, ma non aveva facoltà di disporre degl' immobili senza l'autorizzazione dell'arconte (2).

A prescindere dalla tutela de' proprii parenti, le donne stavano poi sotto la dipendenza de' *gineconomi*, magistrati speciali, i quali esercitavano una giurisdizione penale sulla condotta e su' costumi sia privati sia pubblici delle donne (3).

§ 4. A Sparta le donne, essendo per le istituzioni di Licurgo sottomesse alla stessa educazione ed agli stessi esercizi degli uomini, dovevano acquistare tale vigoria d'animo e tale spirito d'indipendenza e di libertà, che l'idea sola di essere ritenute incapaci a regolarsi da sè e di sottostare alla tutela degli uomini a niuno doveva più ripugnare quanto alle Spartane. Perciò le donne a Sparta avevano la stessa capacità civile e gli stessi dritti degli uomini, sia rispetto alla famiglia, sia rispetto alla società (4). Ma questa eguaglianza

(1) PETIT, Comm. in leges atticas, Lib. VII tit. 7 § 2.

(2) CAUVET, p. 179 450.

(3) PETIT, Lib. VI tit. 4 § 7.

(4) MARTIN, T. 2 p. 22.

nella condizione de' due sessi non era stabilita per un omaggio alla dignità ed al carattere delle donne, ma bensì perchè la loro indipendenza nella società e la virilità di carattere che ne derivava si ritenevano come mezzi necessari per procurare alla patria soldati forti e vigorosi; al che secondo Licurgo doveva ridursi tutta la missione e l'esistenza stessa della donna.

§ 5. Le donne, così in Grecia come in Oriente e in generale nell'antichità, furono sempre escluse da qualunque partecipazione ai dritti politici, non essendo mai, neppure a Sparta, state ammesse ad esercitare funzioni pubbliche al pari degli uomini. La storia offre bensì esempi di donne chiamate a succedere al trono, come Didone, Talestri regina delle Amazzoni, Tomiri degli Sciti, Artemisia di Alicarnasso, Zenobia a Palmira, Semiramide presso gli Assiri, Cleopatra in Egitto ed altre. Nè mancano degli scrittori i quali hanno affermato che in alcuni paesi alla successione del trono si chiamavano indistintamente gli uomini o le donne, come nell'antica Brettagna (1), od anche le sole donne ad esclusione degli uomini, come nella Licia (2). Però tutti questi esempi non rivelano l'esistenza di un dritto o di un uso generalmente

(1) TACITO, *Agricol.* c. 16. Neque enim sexum in imperiis discernunt.

(2) Lyciis dominantur foeminae usque ab initio. ERACLIDE PONTICO, *De politiis Graecorum* XV.

riconosciuto, ma soltanto delle eccezioni, le quali si spiegano per qualche circostanza speciale ed isolata, o per l'influenza de' principii religiosi, com'era in Egitto, dove Iside, divinità femminile, era eguagliata e forse anche preferita ad Osiride, divinità maschile (1).

§ 6. In Roma, secondo l'antico dritto, le donne stavano sotto perpetua tutela, qualunque fosse la loro età, ad eccezione soltanto delle vergini vestali (2). Questa tutela era stabilita non tanto in realtà per la debolezza e l'inesperienza del sesso (3), quanto nell'interesse degli agnati come mezzo di assicurare a costoro la successione intestata delle donne, impedendo a queste di disporre de' proprii beni sia per atti tra vivi sia per testamento (4). La tutela in fatti, quando non era deferita dal *paterfamilias* o dal marito, spettava per legge agli agnati più prossimi che avrebbero raccolta la successione della donna, e, riguardandosi come un dritto anzichè un dovere, era lasciata agli agnati tuttochè fossero assenti, mentecatti, minori, muti o altrimenti incapaci, salvo alle donne di domandare un tutore capace per gli atti in cui abbiso-

(1) MARTIN, T. 1 p. 326.

(2) GAIUS, I § 145.

(3) GAIUS, I § 190. « Feminas perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera. »

(4) GAIUS, I § 192.

gnavano dell'autorizzazione tutoria(1). I tutori non avevano ingerenza nell'amministrazione de' beni, la quale era lasciata alle donne stesse; ma bensì dovevano con la loro autorità supplire all'incapacità giuridica di cui esse erano colpite per la maggior parte degli atti della vita civile. In vero le donne avevano bisogno dell'autorizzazione tutoria per fare testamento, stare in giudizio, alienare i beni immobili (*res Mancipi*), costituire una dote, acquistare una proprietà mercè revindicazione giudiziaria (*in jure cessio*), fare una remissione di debito (*acceptilatio*) o un atto con l'intervento del magistrato (*legis actio*), affrancare uno schiavo, acquistare un'eredità, obbligarsi giuridicamente, infine per qualunque negozio civile. Potevano però liberamente alienare le *res nec Mancipi*, dare a mutuo e ricevere il pagamento di un credito (2).

Questa tutela delle donne, nata con l'antica costituzione della famiglia romana, perdè a poco a poco la sua forza col cambiamento de' costumi e con la trasformazione della famiglia. Già verso la fine della repubblica la tutela delle donne non esisteva che di puro nome e s'era ridotta ad una mera formalità, ammettendosi ch'esse, quando ne avevano bisogno, potessero obbligare i tutori a prestare la loro autorizzazione; onde Cicerone deplorando

(1) GAIUS, I § 155, 173, 179, 180, 181.

(2) MAYNZ, p. 631.



quest'abbandono de' principii antichi, si doleva che le donne, anzichè dipendere dai tutori, dominavano invece sopra di essi (1). D'altra parte, dopo che per le riforme introdotte dal pretore gli agnati cessarono di essere i soli ed esclusivi eredi legittimi della famiglia, la tutela sulle donne non aveva più ragione di essere, nè offriva più alcuna utilità agli agnati ; di maniera che andò sempre più in desuetudine. Così sotto Augusto ne furono per privilegio dispensate le donne ingenue che avevano tre figli e le affrancate che ne avevano quattro (2); ed indi venne in tutto abolita sotto Claudio, non rimanendo altro vestigio dell'antico dritto che la tutela legittima che il patrono conservava sulla schiava affrancata, e quella del padre che emancipava la figlia (3).

Intanto il decadimento della tutela degli agnati, cui seguiva in pari tempo quello della potestà maritale, emancipando le donne da ogni soggezione e dando ad esse libertà di acquistare e di disporre de' beni, favoriva immensamente le loro ricchezze, e quindi col lusso anche lo spirito d'indipendenza e d'insubordinazione, nel tempo stesso che i costumi

(1) CIC. pro Murena 12. « Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt: hi (jurisconsulti) invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur. »

(2) GAIUS, I § 194. ULP. XXIX § 3.

(3) GAIUS, I § 157, 192, II § 122.

generalmente si corrompevano. Si pensò perciò a raffrenare la ricchezza delle donne, reputata causa precipua della corruzione dei costumi ; onde nell'anno 585 di Roma fu per la potente influenza di Catone il maggiore pubblicata la famosa legge Voconia, la quale stabilì che coloro ch'erano iscritti nelle prime classi de'cittadini, cioè per un censo superiore a centomila sesterzii, non potessero istituire erede una donna sia maritata sia non maritata (1), fosse pure la figlia e la figlia unica (2). Però facilmente si trovarono de'mezzi per eludere una legge che faceva aperto contrasto alle affezioni domestiche: onde a tal fine si soleva omettere l'iscrizione nel censo o la si faceva per una cifra inferiore a centomila sesterzii, ovvero si ricorreva ai fedecommissi , istituendo erede un amico con la preghiera di consegnare l'eredità alla donna cui si voleva trasmettere. Le leggi pappiane poi preoccupate dall'accrescimento della popolazione fecero in certo modo cessare questa incapacità quanto alle donne maritate e con figli, permettendo loro di poter ricevere con testamento tutta o parte dell'ere-

(1) MONTESQUIEU, *Esprit des lois* Lib. 27. DIONE CASSIO, Lib. LVI c. 10.

(2) S. AGOSTINO, *De Civitate Dei*, Lib III c. 20. «Nam tunc, id est inter secundum et postremum bellum carthaginiense, lata est etiam lex illa Voconia, ne quis heredem feminam faceret nec unicam filiam. Qua lege quid iniquius dici aut cogitari possit, ignoro.

dità del marito o di un estraneo (1). In appresso corrompendosi vieppiù i costumi, la legge Voconia cadde a poco a poco in desuetudine, e, come dice Montesquieu, i ripieghi usati ebbero minor forza ad escluderla che la stessa legge non ne aveva per farsi osservare (2).

Allo stesso affrancamento dalla tutela debbe attribuirsi l'incapacità delle donne ad obbligarsi per altri; dappoichè la piena libertà di contrarre obbligazioni, ch'esse acquistarono, suggerì l'intenzione di proteggerle contro i danni che potevano risentire da questa stessa libertà. Così sotto Augusto fu vietato alle mogli di potersi validamente obbligare pei debiti de' mariti, e poi sotto il regno di Claudio venne col senatoconsulto Velleiano proibito in generale alle donne di obbligarsi in qualunque maniera per altri, sia a favore di uomini, sia a favore di altre donne (3).

§ 7. Le donne erano poi a Roma non solo escluse da ogni funzione pubblica e da qualsiasi ingerenza nel governo dello Stato (4), ma anche da

(1) ULPIAN. T. XV, XVI, § 1. EINECCIO, ad leg. Jul. et Pap. lib. 2 c. 15 § 10.

(2) MONTESQUIEU, Lib. 27.

(3) Dig. Lib. 16 tit. 1 fr. 2. PAUL. Sent. II, 11 § 1.

(4) È nota la gran riprovazione che suscitò in Roma l'aver Eliogabalo osato pel primo ammettere una donna nel Senato. « Occisa est cum eo et mater Semiamira probrosissima mulier et digna filio. Cautumque antè omnia post Antoninum Eliogabalum, ne unquam mulier senatum ingrederetur, utque inferis ejus caput dicaretur devovereturque per quem id esset factum. » LAMPRID. *Heliogab.* XVIII.

quegli ufficii attinenti al dritto privato, i quali richieggono una certa capacità giuridica: così, sebbene potessero fare testimonianza nei giudizi civili o criminali (1), era ad esse interdetto d'intervenire come testimoni in un atto, di postulare, di fare da arbitri, di accettare una procura (2), come pure di adottare e di essere tutrici. Solo negli ultimi tempi fu per eccezione accordata la tutela alla madre e all'avola, e la facoltà di adottare alle madri in solievo della perdita de' figli (3).

In generale però la condizione delle donne fu in Roma, anche sotto la più assoluta potestà maritale e la tutela degli agnati, molto più libera e indipendente che in Grecia. Cornelio Nipote mostrando la differenza tra i costumi greci e quelli romani, osserva che in Roma le donne senza nessuna difficoltà erano condotte nei banchetti, conversavano nelle brigate, occupavano nella casa il primo posto allato a' mariti; laddove in Grecia non comparivano mai ne' banchetti, erano rinchiusse in un luogo recondito della casa, e non trattavano che co' più stretti parenti (4).

§ 8. Presso i Germani le donne erano come ne' primi tempi di Roma sotto la perpetua tutela

(1) Dig. L. 27, t. 1 fr. 20 § 6 — Dig. lib. 22, t. 5 fr. 17.

(2) Dig. L. 50, t. 17 fr. 2.

(3) Inst. L. 1, t. 11 § 10. Nov. 118 c. 5.

(4) CORN. NEPOT. Vitae, *Pref.*

degli uomini della famiglia. Questa tutela, che in Roma era stabilita nell'interesse dell'agnazione, presso i Germani e i popoli della conquista si fondava invece sul principio della debolezza del sesso per l'incapacità delle donne a difendersi da sè. Essa d'altra parte derivava dalle stesse condizioni della società; imperocchè le donne dovevano necessariamente esser soggette e civilmente incapaci in una società rozza e guerriera, come quella de'Germani, nella quale ogni quistione si decideva con le armi, e che contava fra'cittadini e nella famiglia solo chi sapesse sostenere un combattimento.

Siffatta tutela si trova ammessa generalmente in tutte le leggi de'popoli germanici (1), ma con più rigore presso i Longobardi. Ogni donna, vivente secondo la legge longobarda, doveva necessariamente avere il suo tutore (*mundwaldus*): la figlia aveva il padre, la moglie il marito, la sorella il fratello, la vedova i parenti del marito: ove però voleva passare a seconde nozze, poteva riscattarsi dalla tutela di costoro abbandonando ad essi la metà della *metha* che aveva ricevuto nel primo matrimonio. In difetto di parenti la tutela della donna si assumeva dalla corte del re, supremo tutore di tutti coloro cui mancava un protettore nella famiglia (2).

Vuolsi notare che secondo le leggi germaniche la

(1) Lex Saxon. T. VII. Lex Alaman. T. LV § 1. Lex Frision. T. IX § 3, 11.

(2) ROTHAR. 183, 199, 205.



tutela della vedova qualche volta si esercitava dal figlio maggiore che il defunto marito aveva avuto in un precedente matrimonio (1). La legge sassone titolo VII, 2, dice: *Qui mortuus viduam reliquerit, tutelam eius filius quem ex alia uxore habuit accipiat*; ma varii diplomî e varie formole del medio evo, specialmente della Germania settentrionale, provano che in mancanza del padre la tutela della vedova spesso si assumeva non dal figliastro, ma dallo stesso figlio di lei (2). Anche nella Svizzera il figlio primogenito era ordinariamente il tutore o l'*advocatus* che la legge assegnava alla madre rimasta vedova (3). In progresso di tempo però la tutela della vedova non fu più deferita agli eredi del marito, al figlio o al figliastro, ma bensì al padre o ai parenti paterni di lei (4).

Essendo le donne considerate come pupille, la loro capacità civile ne' paesi germanici e scandinavi fu, specialmente nei primi tempi, assai limitata. Secondo la legge longobarda di Rotari esse non potevano, senza il consenso del tutore, dispor-

(1) Anche nella Bitinia sembra che la tutela delle donne fosse affidata in difetto del marito al figlio di costui. « Ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem. » GAIUS, I § 193.

(2) GRIMM, p. 452.

(3) LABOULAIE, Recherches sur la condition civ. et polit. des femmes p. 299.

(4) GRIMM, p. 452.

re di alcuna cosa, sia mobile, sia immobile (1). In alcuni paesi scandinavi erano così soggette che non potevano ereditare, nè testare, nè comprare, nè vendere cosa che eccedesse il valore di quattro soldi (2). Però nelle leggi barbare il bisogno dell'autorizzazione del tutore si richiedeva specialmente pel matrimonio, essendo alle donne rigorosamente vietato di maritarsi senza il consenso del proprio tutore; e in generale può dirsi che secondo il dritto germanico la tutela delle donne era più rigorosa per la persona e pel matrimonio che pei beni; poichè, a differenza della tutela romana, non impediva ad esse di poter disporre di tutto o di parte del loro patrimonio (3). Perciò i tutori non percepivano per la loro tutela alcun usufrutto o un'indennità come nella tutela de' minori, mentre l'amministrazione de' beni era ordinariamente lasciata alle stesse donne e non al tutore (4); ma d'altra parte in forza del *mundium* sulla persona cedeva al tutore il prezzo nuziale da pagarsi pel matrimonio della donna, come pure la composizione o multa dovuta pel ratto, lo stupro o l'uccisione di essa.

In progresso di tempo la tutela delle donne cre-

(1) ROTHAR. 205.

(2) RATHERY, Histoire du droit de succession des femmes, nella *Revue de legisl. et de jurispr.* T. 18 p. 395.

(3) LABOULAIE, p. 176.

(4) EINECCIO, Elem. jur. germ. lib. I § 339.

scendo la civiltà venne a mitigarsi, e si trasformò in una specie di assistenza di un tutore o protettore cui le donne dovevano ricorrere pe' diversi atti della vita civile. Questi tutori erano nelle diverse leggi germaniche, franche e italiane conosciuti ordinariamente sotto il nome di *advocati* o *defensores*. Spesso si dava facoltà alla vedova di scegliersi essa stessa il suo avvocato: *Eligat sibi defensorem quem vult quamdiu vult*, dice un' antica consuetudine di Alemagna<sup>(1)</sup>.

Il bisogno di questi avvocati o procuratori era per lo più stabilito solamente per gli affari forensi: così la costituzione *Obscuritatem* di Federico II non ammetteva le donne alla restituzione in intero che soltanto ne' giudizii, quando fossero state gravemente lese per negligenza o frode de' loro mundaldi o procuratori<sup>(2)</sup>. Però secondo i diversi statuti italiani occorreva alle donne l'intervento dei tutori anche per gli atti civili estranei a' giudizii; mentre per regola esse non potevano civilmente obbligarsi senza l'assistenza altrui. In Mantova avevano bisogno di quella del marito e di due parenti; in Ferrara faceva d'uopo dell'intervento del padre o del figlio, di due fratelli o di due più prossimi parenti; in Sinigaglia e in Gubbio si richiedeva quello del marito o di due cognati; in Forlì il contratto conchiuso con la donna maritata, fosse

(1) LABOULAIE, p. 178.

(2) Constit. Regni Sicil. II, tit. XLIV.

pure confermato con giuramento, era nullo se non vi avesse assentito il marito o colui sotto la cui potestà il medesimo si trovava; ed in Pisa s'infliggeva la multa di libbre venticinque al notaio che avesse ricevuto un atto di questa specie (1). Secondo il dritto fiorentino ogni donna doveva avere il suo mundualdo, che l'assistesse negli atti della vita civile, ma però poteva il medesimo essere scelto da lei stessa. Del resto le donne anche diverse dalla madre o avola potevano secondo gli statuti italiani essere tutrici, ma sempre con l'assistenza di un parente maschio che sorvegliasse l'amministrazione de' beni del minore, come disponeva lo statuto di Pisa (2).

Nell'Alemagna, dove principalmente predominò il sistema della tutela perpetua, la capacità della donna era molto varia secondo i diversi paesi. In alcuni, come nella Sassonia, le donne avevano bisogno dell'assistenza del tutore in tutti gli atti fra vivi; in altri soltanto pe' giudizii; altrove, come in Amburgo e Lubeca, occorreva loro il consenso del tutore anche per far testamento (3).

La tutela delle donne, malgrado il progresso della civiltà, si conservò nondimeno molto a lungo in varii paesi: in alcuni non è stata abolita se non

(1) GANS, Dritto di successione nella Storia italiana, p. 85.

(2) GANS, p. 68, 97.

(3) EINECCIO, Elem. jur. germ. lib. I § 372. Dissert. De marito tut. et curat. C. 2. § 25, 26.

negli ultimi tempi, come in Prussia, in Berna, nel Wurtemberg, in Sassonia e in Baden (1); e in altri sussiste tuttavia più o meno limitata, come in Danimarca, in Norvegia, nella Svezia, in alcuni paesi di Germania e in alcuni cantoni svizzeri, come a Glaris, a Vaud, in Argovia, a Basilea, a Zurigo, a Lucerna. Ordinariamente questa tutela porta una specie d'incapacità per gli atti che non sono di pura amministrazione, e si rassomiglia a quella che il Codice civile francese ha stabilito pe' prodighi (2).

Nella Spagna e nella Francia le donne godevano relativamente di una certa indipendenza e di maggiore capacità civile che ne' paesi germanici ed in Italia. Così secondo le consuetudini francesi le donne non maritate potevano liberamente comparire in giudizio senza bisogno di autorizzazione (3).

Nell' Inghilterra le donne non maritate avevano la capacità civile come gli uomini senza alcuna restrizione; dappoichè al pari degli uomini esse, divenendo maggiori all'età di ventun'anni, acquistavano in quest'epoca libera facoltà di disporre di sè stesse e de' loro beni immobili (4).

Presso i popoli slavi la condizione delle donne

(1) DE S. JOSEPH, *Concordance entre les Codes*. T. I *Introd.* p. XXXVII.

(2) DE S. JOSEPH, *ivi* p. XXXVII.

(3) LAURIERE SUR LOISEL, lib. 4 tit. 1 § 35.

(4) BLACKSTONE, T. II p. 258.



fu assai più libera e indipendente che presso i popoli della razza germanica; poichè, sebbene non fosse loro accordata un'eguaglianza con gli uomini, nondimeno i popoli slavi non ammisero mai il sistema della tutela perpetua, e riconobbero piena capacità civile così nelle donne non maritate come nelle maritate. Perciò le donne secondo le leggi slave avevano la libera amministrazione e disposizione de'proprii beni, potevano essere tutrici anche di persone diverse da'proprii figli e agire liberamente in giudizio. Soltanto per riguardo alla loro condizione la legge dava facoltà alle donne non maritate di rifiutarsi di comparire in giudizio in seguito alla citazione dell'attore se non si fosse trovato presso di esse alcun parente che potesse rappresentarle ed assisterle. Le vedove poi erano espressamente autorizzate a comparire in giudizio per mezzo di un procuratore anzichè personalmente, massime se dimostravano non avere alcuno che potesse supplirle nelle faccende domestiche (1). Nella tutela erano ordinariamente preferite le maritate alle non maritate; e ciò per maggior garanzia de'pupilli; mentre della tutela assunta da una donna maritata era responsabile non solo essa, ma anche il marito su' proprii beni (2). In appresso invalse il sistema di non potere le don-

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 3. T. IV § 123, 127, 128.

(2) Id. T. IV § 301.

ne passare a matrimonio nè disporre de' loro beni senza il consenso de' proprii parenti; ma ciò non s' introdusse che per l' influenza de' principii del dritto germanico, che ne' tempi posteriori penetrò ne' paesi slavi (1).

Tutte le legislazioni del medio evo, mentre più o meno ritenevano l' incapacità giuridica delle donne, fecero però eccezione per le donne che fossero pubbliche mercantesse, alle quali accordarono piena libertà in tutti gli atti della vita civile (2).

§ 9. Le donne essendo tenute sotto tutela, come incapaci a difendersi da sè, erano per questo stesso motivo, secondo le leggi barbare, garentite anche più degli uomini dagli abusi della forza. Così le leggi de' Sassoni (3), quelle degli Alemanni (4), quelle de' Bavari (5) stabilivano il *wergeld*, ossia il prezzo o la composizione per le offese fatte alle donne, nel doppio di quello dovuto per gli uomini. La legge longobarda fissava il *wergeld* delle donne ad un terzo di più di quello degli uo-

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 12.

(2) LABOULAIE, p. 172.

(3) Tit. 11 c. 2.

(4) Tit. 49 § 2, tit. 67, 68 § 3, tit. 91.

(5) Tit. 113 c. 13 § 2. Et quia femina cum armis se defendere nequiverit, duplicem compositionem accipiat.

§ 3. Si autem pugnare voluerit per audaciam cordis sui, sicut vir, non erit duplex compositio ejus, sed sicut fratres ejus, ita et ipsa recipiat.

mini ; ma, quando si trattasse di un' aggressione violenta contro una donna in mezzo alla pubblica via, il prezzo del *wergeld* era elevato a 900 solidi, laddove quello dovuto per l'uomo non era che di soli venti solidi (1). La legge de' Frisoni poi non faceva differenza tra l'uomo e la donna, e stabiliva una composizione eguale per l'uccisione dell'uno e dell'altra (2). Secondo la legge sassone la composizione era doppia per la vergine, semplice per la donna maritata che non era al caso di dare più figli: per l'opposto le leggi salica e ripuaria come pure quelle de' Turingi valutavano la donna per rapporto alla sua fecondità, e perciò attribuivano alla vergine e alla donna che non poteva più essere madre lo stesso *wergeld* degli uomini; e invece elevavano ad un terzo di più quello della donna maritata che aveva avuto o poteva ancora aver figli (3).

A differenza delle antiche leggi barbare, il *wergeld* delle donne nelle consuetudini del medio evo si vede fissato in una cifra inferiore a quella del *wergeld* degli uomini, ordinariamente alla metà, come stabiliva il dritto provinciale degli Svevi e de'Sassoni (4). Lo stesso sistema seguivano le leggi della Russia (5). Anche le leggi de' Visigoti,

(1) ROTHAR. 13, 14, 19, 26, 27, 198, 200, 208.

(2) Lex Frision, addit. sup. tit. 6.

(3) GRIMM, p. 405.

(4) GRIMM, p. 404.

(5) MACIEIOWSKI, T. II § 153.

nelle quali si scorge l' influenza de' principii del medio evo, stabilivano per regola il *wergeld* delle donne in una quantità inferiore a quella dovuta per gli uomini; se non che calcolavano la misura di esso in proporzione dell' età rispettiva dell' uomo e della donna, ed elevavano in confronto di quello dell' uomo il *wergeld* della donna ch'era fra i quindici e i venti anni, età ordinaria del matrimonio (1). Nelle leggi del paese di Galles la donna era valutata il terzo dell' uomo: perciò non poteva far testimonianza contro l' uomo, non potendosi aggiustar fede ad un terzo contro due terzi (2).

Questa diminuzione del *wergeld* delle donne, la quale mostra il concetto poco favorevole che si aveva del loro carattere, vuolsi attribuire alle idee ed alle dottrine predominanti nel medio evo intorno alla superiorità e alla maggiore nobiltà dell' uomo, non che alle influenze bibliche ed agli scritti de' santi padri riboccanti di declamazioni contro i difetti e i vizi delle donne (3).

§ 10. L' incapacità delle donne si estendeva a tutti gli atti, che, in un modo qualunque, le mettessero in rapporto col pubblico: così non potevano essere *coniuratores*, cioè giurare, nè far da testimoni; erano il marito, il padre o il tutore che giuravano o facevano testimonianza per es-

(1) Leg. Wisig. Lib. VIII t. 4 c. 16.

(2) MICHELET, Origines du droit français p. 22.

(3) LABOULAIE, p. 172.

se : il che , nei tempi in cui il far da testimone si riduceva il più delle volte a sostenere un combattimento , tornava di grande vantaggio per le donne , le quali furono sempre dispensate dal sostenere la propria difesa con le armi ; in modo che per tutto il tempo che durò il sistema dei duelli giudiziarii la loro sorte fu sempre decisa per mezzo di campioni (1). Pure alcune leggi non vietavano alle donne di combattere personalmente ove lo volessero. Così alcune leggi slave, e specialmente quelle di Boemia , davano facoltà ad ogni donna nubile , maritata o vedova di sostenere il combattimento con un uomo ove si trattasse dell'omicidio del marito o de'parenti, ovvero di stupro; e per eguagliare in certo modo la condizione de' due avversarii, disponevano che l'uomo dovesse combattere stando col corpo in una fossa sino alla cintura, e in questa posizione ripararsi dai colpi della donna (2).

Tra le altre incapacità v'era per le donne nei primi secoli della feudalità quella di possedere feudi, attesa l'impossibilità in cui esse si trovavano di compiere il servizio militare, condizione essenziale pel possesso di un feudo. Ma in progresso di tempo le donne furono ammesse a succedere anche ne' feudi ; il che fu origine che elleno potessero acquistare piena capacità politica

(1) LABOULAYE, p. 179, 180.

(2) MACIEIOWSKI, T. II § 186 n. 1.



ed esercitare lo stesso dritto di sovranità come gli uomini. Invero essendo la sovranità incorporata al suolo, e includendo il possesso del feudo anche il dritto di sovranità, ne venne che le donne, ammesse alla successione de' feudi, furono nello stesso tempo investite delle prerogative sovrane, e perciò del dritto di levare tributi, battere moneta, rendere giustizia ed esercitare ogni regalia inerente al feudo (1). E siccome la corona non era che il primo e il più grande de' feudi, così seguì che nei paesi in cui le leggi ammettevano le donne alla successione de' feudi, furono esse chiamate anche alla successione del trono e poterono quindi al pari degli uomini regnare e governare lo Stato. Per tal modo le donne succedettero alla corona in Italia, in Austria, in Inghilterra, in alcuni paesi di Alemagna, in Portogallo, nei regni di Aragona, di Castiglia, di Navarra. Solo nella Francia le donne, mentre si ammisero generalmente alla successione de' feudi, furono sempre escluse dalla successione al trono, meno forse per l'autorità della legge salica, la quale non fu sul proposito invocata se non solo dopo il secolo decimoquinto, che per la ragione politica d'impedire che la corona potesse pel matrimonio di una sovrana passare nelle mani di uno straniero (2).

(1) LAFERRIERE, T. IV, p. 456. MURATORI, Antichità italiane, T. I p. 44. T. III p. 365.

(2) LABOULAIE, p. 452, 476, 491.

Anche ne' paesi in cui non s'introdusse la feudalità, come ne' paesi scandinavi, in Russia, in Polonia e in Ungheria, le donne furono ammesse alla successione del trono. Questo fatto, che era ordinario nel medio evo, mentre non era che eccezionale nell' antichità, dipendeva dall' indole e dal concetto diverso che i popoli si formarono dell' autorità sovrana. Nell' antichità l' impero non si riguardava che come una magistratura; perciò le donne, essendo incapaci di esercitare funzioni pubbliche, si trovavano naturalmente e per principio generale escluse dal governo dello Stato. Nel medio evo per l' opposto l' impero fu considerato e ne' paesi feudali e in quelli non feudali come un patrimonio di una famiglia; la sovranità fu annessa alla terra, e al pari di questa si trasmetteva per successione: onde l' ammissione delle donne all' eredità della terra portava di conseguenza, in difetto de' maschi, anche la loro ammissione al trono, ossia alla sovranità inerente al possesso della terra.

## CAPO XII.

### Successione legittima.

#### SEZIONE 1.<sup>a</sup>

##### *Principii generali. Legislazioni orientali e greche.*

§ 1. Il dritto di successione de' parenti del defunto è così antico come il mondo, così universale come il dritto di proprietà. Sia ch' esso derivi dalla natura, sia che abbia il suo fondamento solo nella legge, certo è che nella storia dell'umanità il dritto di successione si appalesa come un'istituzione riconosciuta e seguita da tutti i popoli e come una conseguenza naturale e necessaria del dritto di proprietà. Perciò, qualunque sia la varietà delle diverse legislazioni, tutte si accordano nel chiamare i figli all'eredità del padre, i parenti più prossimi all'eredità di chi muore senza lasciare posterità.

Allato a questo principio della prossimità del sangue ha predominato nel dritto di successione un sentimento non meno forte e conforme alla natura umana, quello cioè della conservazione del proprio nome e del proprio sangue per mezzo dei discendenti: il quale sentimento nell'ordine de' fatti e nella vita reale si manifesta e si svolge nel prin-

cipio della conservazione e perpetuazione de' beni nella propria famiglia. Questo spirito di conservazione e perpetuazione de' proprii beni trova la sua pratica applicazione specialmente nella trasmissione della proprietà della terra. In vero la terra, dopo che cessò di essere comune a tutti, non divenne proprietà individuale ed esclusiva dell' uomo ; ma per molto tempo restò proprietà collettiva della tribù, della città, della famiglia , e fu come la base per la quale si manteneva e si rivelava l' esistenza di queste agglomerazioni sociali ; onde nella trasmissione della terra dominò lo spirito di conservazione nella stessa tribù , nella stessa città, nella stessa famiglia.

Tale principio della conservazione de' beni applicato alla famiglia è più o meno forte e vigoroso secondo che la famiglia costituisce una suddivisione politica, una frazione dello Stato o una semplice società di parenti. Dove lo Stato non è che l'aggregato di più famiglie, costituenti ognuna una società politica , ivi la conservazione e perpetuazione delle rispettive famiglie e de' beni a ciascuna assegnati forma un elemento essenziale della costituzione e degli ordini dello Stato, stante le differenze di origine, di tribù, di casta, di religione e di rapporti sociali che distinguono così gl'individui come una famiglia dall'altra. In fatti se i beni e specialmente la terra passassero da una famiglia ad un'altra, da una famiglia cittadina o

di una casta ad una famiglia straniera o di altra casta sarebbe distrutto l'equilibrio fra le fortune delle diverse famiglie ed alterata per conseguenza anche la costituzione dello Stato per la distruzione dell'equilibrio e dell'ordinamento delle diverse frazioni che lo compongono. Laonde gli stranieri veggonsi generalmente esclusi dal dritto di successione ai beni de' cittadini, quei di una tribù, di una città, di una casta veggonsi allontanati del pari dal possesso de' beni di altra città, di altra tribù, di altra casta. Per l'opposto il principio della conservazione de' beni nelle famiglie predomina assai meno dove la famiglia non ha carattere politico, ma forma semplicemente un'associazione fondata su' vincoli di natura: il che avviene quando progredendo la società, allo spirito di esclusivismo fra uomo ed uomo e fra città e città ed alle distinzioni di caste e di origine si sostituisce lo spirito di universalità della natura umana, di eguaglianza e di commercio che assimila e ravvicina tra loro così gl'individui come le classi sociali. Imperocchè, diminuendo in tale condizione di civiltà l'importanza sociale attribuita ad una famiglia in confronto delle altre, diminuisce egualmente il bisogno di mantenere la distinzione tra le famiglie mercè la conservazione e perpetuazione de' rispettivi patrimoni.

Intanto il sentimento della conservazione dei beni nella famiglia mercè la perpetuazione del proprio



nome ha portato come logica conseguenza l' inferiorità delle femmine nelle successioni rispetto ai maschi, mentre si è appunto pe' maschi e non per le femmine che si effettua la trasmissione del sangue e quindi la perpetuazione del nome e della discendenza; ond' è che fra' parenti più prossimi destinati a conservare e perpetuare nelle famiglie i beni del defunto trovansi generalmente chiamati a succedere solo i maschi e discendenti da maschio, e non le femmine, le quali, come quelle che interromperebbero la perpetuazione del sangue e del nome del defunto facendo nel tempo stesso passare i beni in altra famiglia, sono state generalmente o escluse in tutto dalla successione o almeno posposte sempre in concorso de' maschi. Tale esclusione assoluta o relativa delle donne dall' eredità si trova, ove più ove meno, sotto tutte le latitudini, nelle razze più diverse, nelle epoche più disparate, in ogni stato di civiltà, così nell' Oriente come in Grecia, in Roma, presso i Germani, nel medio evo e ne' tempi moderni eziandio. Solo nel dritto romano degli ultimi tempi, quando era sparita l' antica costituzione politica della famiglia, vedesi per la prima volta stabilita una perfetta eguaglianza de' maschi e delle femmine nelle successioni; sopraggiunti i Germani e per tutto il medio evo le donne restarono sempre in una condizione inferiore rispetto agli uomini, e l'eguaglianza fra l' uno e l' altro sesso non ri-

comparve nelle legislazioni che soltanto ne' tempi moderni dopo la rivoluzione francese.

Altra ragione della condizione inferiore delle donne quanto ai dritti di successione si ravvisa nella credenza predominante nell'umanità della superiorità dell'uomo rispetto alla donna, o meglio ancora nella diversità fra le condizioni e i bisogni dell'uno e quelli dell'altra. In fatti il bisogno di possedere e di disporre di un patrimonio è assai maggiore per l'uomo che per la donna; poichè l'attività della donna ordinariamente si circoscrive nella sola famiglia, laddove l'attività e la sfera di azione dell'uomo è assai più vasta ed estesa, come quella che abbraccia tutti i rapporti della vita sociale: onde la necessità per lui di maggiori mezzi per lo compiuto svolgimento di tutte le sue facoltà e per tutte le svariate e molteplici contingenze cui trovasi esposto nella vita. Ciò spiega come l'inferiorità delle donne nelle successioni si ravvisa non solo colà, dove la famiglia costituisce un'associazione politica, ma anche dove non forma che una semplice società domestica; e come anche ne' tempi attuali, in cui generalmente prevale nelle legislazioni quanto ai dritti successorii il principio di una perfetta eguaglianza de' maschi e delle femmine, non ad altro scopo i genitori si valgono per lo più della facoltà di testare, che per rompere siffatta eguaglianza e vantaggiare la condizione dei maschi.

L'ultima espressione o piuttosto l'esagerazione del principio della conservazione de' beni in materia di successione si riscontra nel dritto di primogenitura, per lo quale l'eredità è devoluta soltanto al primogenito tra' figli ad esclusione degli altri, nel fine d'impedire la suddivisione de' beni. Questa forma di successione non è stata praticata nello stretto rigore e come regola generale che a Sparta presso i popoli antichi, nel medio evo tra le classi feudali ed aristocratiche, ed in Inghilterra presso i moderni. Nulla con essa aveva di comune il dritto di primogenitura stabilito nelle legislazioni di Oriente; poichè questo non era che la consacrazione dell'autorità patriarcale rappresentata dal primogenito, e non già un mezzo di perpetuare con l'indivisione de' beni le ricchezze, la potenza e l'orgoglio delle famiglie: onde non privava dell'eredità gli altri fratelli in vantaggio del solo primogenito, ma solamente riservava a costui una porzione maggiore o migliore de' beni o altra simile preferenza per rispetto all'autorità e alla memoria del capo di famiglia che in lui si perpetuava.

Al principio stesso della conservazione de' beni nelle famiglie si riattacca la distinzione che si ravvisa generalmente nelle diverse legislazioni tra i beni immobili ereditati dagli antenati e i beni mobili o acquisiti, e tra i beni derivanti dalla linea paterna e quelli provenienti dalla linea materna.

Ordinariamente il principio della conservazione dei beni non ha dominato che pe' beni immobili, per la terra ereditata dagli avi ; dappoichè si è precisamente pel possesso della terra, visibile a tutti e perpetua attraverso le mutazioni de' tempi, che l' uomo acquista potenza e importanza nella società e si conserva il nome e lo splendore delle famiglie. Laonde sono principalmente i beni immobili da cui veggonsi escluse le donne nelle successioni; laddove i beni mobili, soggetti a mutazioni giornaliere e a consumarsi con l'uso, aventi un valore più relativo che assoluto, trovansi in generale attribuiti indifferentemente così ai maschi come alle femmine.

Oltre il principio della conservazione dei beni, spesso hanno influito sulle leggi successorie i principii religiosi de' diversi popoli, come nell'India, dove numerose incapacità di succedere sono una conseguenza de' principii della religione di Brama; ma in generale l'influenza delle religioni si riscontra meno nella chiamata dei successibili che negli obblighi imposti agli eredi di perpetuare co' sacrificii e con le cerimonie religiose il culto delle divinità del defunto. Donde derivano i principii consacrati in molte legislazioni, come in quelle di Oriente, di Grecia e di Roma, intorno alla necessità di accettare l'eredità ed all'obbligo di soddisfare tutti i debiti del defunto qualunque sia il valore de' beni ereditarii.

Grande è poi l'influenza che l'indole e i principii delle differenti costituzioni sociali esercitano sulle leggi successorie. In fatti le mutazioni ereditarie, come quelle che cambiano le condizioni delle proprietà, interessano non solo le famiglie, ma l'organamento stesso dello Stato; così negli Stati democratici, nei quali si cerca di moltiplicare il numero de' proprietari, le leggi successorie mirano per conseguenza a stabilire l'eguaglianza nelle divisioni tra figli senza distinzioni e privilegi di sesso o di età, a far circolare i beni tra le diverse famiglie, ad estendere il dritto di rappresentazione. Per l'opposto negli Stati aristocratici, in cui è necessario un concentramento di proprietà in poche famiglie, un'ineguaglianza e gradazione nelle varie classi de' cittadini, i costumi e le leggi tendono a favorire il dritto di primogenitura e il privilegio del sesso, a restringere il dritto di rappresentazione, a mantenere distinti secondo la loro origine i patrimoni tra le diverse famiglie. Del rimanente sarebbe difficile dare la spiegazione di tante modalità e varietà che offrono le leggi successorie de' diversi paesi, come quelle riferibili alla chiamata di alcuni parenti in concorso o in difetto di altri, ai dritti ereditarii accordati o negati ai figli nati fuori matrimonio, alla condizione fatta al coniuge superstite, ai limiti prefissi alla successibilità de' parenti, alla chiamata del fisco, e ad altri argomenti di questa



specie. A tutte le varie regole e disposizioni intorno a tali obbietti non può assegnarsi una ragione esclusiva e generale, ma il concorso di circostanze diverse dipendenti da' costumi, dalle dottrine, dalle esigenze sociali, e da pregiudizi stessi de' popoli.

§ 2. Nell' India le leggi successorie sono informate dai principii religiosi, secondo i quali l'eredità del defunto debbe appartenere a chi è chiamato a compiere i sacrificii funebri pel riposo degli antenati. In primo luogo sono chiamati a succedere i figli legittimi o adottivi o i loro discendenti col dritto di rappresentazione ad esclusione delle figlie, però con l'obbligo di provvedere al mantenimento della vedova, di dotare convenientemente le figlie del defunto, e di fornire gli alimenti agli eredi esclusi dalla successione per causa d'incapacità. La successione diretta non si estende oltre il terzo grado inclusivo; mentre al di là di questo limite gli eredi non si reputano atti all'adempimento de' sacrificii funebri (1). Tra i figli la legge accorda qualche privilegio al primogenito, assegnandogli una porzione maggiore o la migliore porzione de' beni ereditarii, la quale è più o meno considerevole secondo che il primogenito è più o meno virtuoso in confronto degli altri fratelli (2).

(1) ESCHBACH, *Introd. génér. à l'étude du droit* p. 605 606—  
BOSCHERON-DESPORTES, *Aperçu sur le droit hindou*, nella *Revue historique de droit franç. et étrang.* T. 1 p. 327.

(2) MANÙ IX § 105, 108, 112, 114, 117.

In difetto di figli e discendenti la successione è attribuita alla vedova in considerazione dell'assistenza prestata al marito nel compimento de' doveri religiosi; essa però non ha facoltà di alienare i beni o di disporne in alcun modo, dovendo i medesimi alla sua morte tornare agli eredi del marito (1). Quanto ai beni proprii della vedova la successione è regolata con questa norma, che le figlie e le nipoti vi sono chiamate in preferenza dei figli e de' nipoti, i quali non succedono che in difetto di discendenza femminile; e ciò per le idee religiose dei Bramini, i quali insegnano che le figlie nel mistero della generazione partecipano della madre più che i figli (2). In mancanza di figli e discendenti e della vedova succedono al defunto le figlie e i loro figli per rappresentazione, ma soltanto nel primo grado: sono prima chiamate le figlie nubili, poi le maritate e in ultimo le vedove. In difetto di figlie e loro discendenti la successione è deferita agli ascendenti, prima al padre, poi alla madre, e così risalendo agli ascendenti della linea paterna (3).

Nell'inesistenza di discendenti la successione è attribuita ai collaterali: in primo luogo ai fratelli del defunto, poi ai nipoti ed indi ai pronipoti; in difetto di questi la successione si de-

(1) ESCHBACH, p. 606.

(2) ESCHBACH, ivi. BOSCHERON-DESPORTES p. 328.

(3) MANÙ, IX. 2 185, 217.

volve ai figli delle figlie ad esclusione degli zii del defunto. Le sorelle non succedono; poichè le donne, ad eccezione della vedova, della madre e delle figlie, sono sempre escluse dalla successione come incapaci di compiere i sacrificii funebri (1). La successione in linea collaterale non si estende oltre i pronipoti da fratello per la stessa ragione per la quale in linea retta non oltrepassa i pronipoti da figlio. I fratelli germani sono preferiti ai consanguinei ed agli uterini: questi però sono alla loro volta preferiti ai nipoti, anche nati da germani. La stessa preferenza del doppio vincolo è stabilita anche nel rapporto dei nipoti fra loro; dappoichè si ritiene che il figlio di un fratello germano procura alla madre del defunto i benefici religiosi della discendenza maschile, sola atta a celebrare i sacrificii funebri.

La successione della donna maritata morta senza posterità è devoluta al marito superstite se il matrimonio è stato celebrato secondo il sistema di Brama: negli altri casi si devolve agli eredi della donna. La successione della donna non maritata è deferita ai suoi fratelli uterini e in difetto di questi ai suoi ascendenti, preferendosi la madre al padre giusta lo stesso principio per lo quale le figlie sono preferite ai figli (2).

(1) ESCHBACH, p. 607. BOSCHERON-DESPORTES p. 328.

(2) ESCHBACH, p. 607. BOSCHERON-DESPORTES p. 328, 329.

MANÙ, IX § 196, 197.

In difetto di parentela naturale sono chiamati a succedere il precettore, il pupillo, il compagno di studi del defunto, e infine il re, ultimo erede. I bramini però in difetto di parenti e di altri eredi ereditano in preferenza del re dalle persone della loro casta (1).

La legge indiana ammette numerose e singolari incapacità di succedere: così sono incapaci i castrati e gli spadoni, gl' idioti, i matti, i sordi, i ciechi, gli storpii, insomma tutti coloro che hanno difetti fisici o di mente (2): il che deriva da due ragioni, l'una che tali vizii e deformità rendono inetti al compimento delle cerimonie religiose, e l'altra che secondo la dottrina della metempsicosi dominante nella religione dell'India le infermità fisiche si riguardano come la pena e l'espiazione di colpe commesse in una vita anteriore. Però a tutti questi incapaci sono accordati gli alimenti su' beni della successione, nè l'incapacità di cui essi sono colpiti si estende ai loro figli, quando sieno scevri delle infermità e de' difetti de' genitori (3).

Nell'India il pagamento dei debiti ereditarii è un dovere così sacro come quello dei funerali del defunto: perciò gli eredi sono tenuti a soddisfarli anche oltre le forze della eredità; nè si conosce

(1) MANÙ, IX, § 187, 188, 189.

(2) MANÙ, IX § 201.

(3) Id, § 202 203. BOSCHERON-DESPORTES loc. cit.

o è possibile la rinunzia alla successione o il beneficio d'inventario: l'una e l'altro sarebbero contrarii allo spirito delle istituzioni, le quali reclamano necessariamente che il defunto abbia degli eredi, poichè senza di essi mancherebbero i sacrifici indispensabili pel riposo di lui nell'altra vita (1).

Le leggi indiane stabiliscono una distinzione fra' beni ereditati dagli antenati e quelli acquistati dal defunto: pe' primi esiste una specie di comunione tra padre e figli, la quale alla morte del primo si continua tra' fratelli e la vedova sotto la direzione del primogenito e la sorveglianza degli altri fratelli. Tale stato di comunione spesso si perpetua di generazione in generazione fra' membri e discendenti anche remotissimi di uno stesso stipite: però essa non è obbligatoria; poichè ognuno de' comunisti, all'infuori della vedova e delle figlie, può domandare la divisione e ricevere la parte de' beni a lui spettante. Tutti i beni della comunione sono soggetti a divisione, meno alcuni indicati dalla legge, come le terre o rendite assegnate a pie fondazioni, non che gli abiti e i gioielli per uso personale di un individuo della famiglia, i quali sono riservati a costui: però i vestiti di gala e gli ornamenti di gran valore, che non si portano se non in occasioni solenni, debbono rima-

(1) ESCHBACH, p. 608. BOSCHERON-DESPORTES p. 330.



nere comuni per l'uso di tutti i membri della famiglia (1).

§ 3. Nella Cina le leggi di successione ritraggono dal principio dell'unità di famiglia e dallo spirito patriarcale che informa la società. Alla morte del padre o della madre la successione è dalla legge attribuita al primogenito avuto dalla moglie principale o al discendente di costui; in difetto di essi succede il figlio primogenito della moglie secondaria, e se questi non lascia discendenti, la successione è in tal caso devoluta al figlio adottivo. Con l'eredità il figlio primogenito è pure investito ad esclusione degli altri fratelli de' titoli e della dignità del defunto con tutti i dritti che vi sono annessi (2). Il primogenito però acquista il possesso di tutti i beni ereditarii come il continuatore e il rappresentante della potestà e del nome de' genitori, ma non già come unico e solo erede; dappoichè i beni spettano egualmente a tutti i figli, i quali, non obbligati a rimanere in comunione e in famiglia, possono separarsi e domandare la divisione al primogenito, che perciò ha l'obbligo di dare a ciascuno de' suoi fratelli una porzione di beni eguale a quella che prende per sè (3). La divisione dell'eredità però non può do-

(1) BOSCHERON-DESBORTES, p. 332, 333, 334.

(2) WARNKÖNIC, *Jüristische Encyclopädie* p. 122.

(3) Pauthier, *Description de la Chine* p. 237.

CANTÙ, *Storia Universale* T. II p. 219.

mandarsi nè aver luogo se non dopo ch'è spirato il tempo del lutto che si porta pel defunto; mentre le leggi cinesi tendono a conservare il più che sia possibile l'unità della famiglia (1). Le figlie non sono chiamate a succedere; ma fino a che non si maritano debbono essere alimentate da' loro fratelli (2).

§ 4. Presso gli Ebrei le leggi successorie seguirono in generale gli stessi principii degli altri paesi. Le regole adottate dal legislatore erano l'esclusione delle femmine in vantaggio de' maschi e la prossimità del grado di parentela. Al defunto succedevano in primo luogo i suoi figli: però al primogenito era nella successione del padre riservata per dritto di primogenitura una porzione doppia di quella degli altri fratelli (3). In difetto dei figli e loro discendenti succedevano le figlie, le quali erano così posposte a tutta la discendenza maschile. Fra esse non v'era dritto di primogenitura, e succedevano con l'obbligo di maritarsi con uomini della stessa loro tribù, affinchè i beni rimanessero sempre nella famiglia e non passassero da una tribù all'altra (4). Le figlie con tutta la loro discendenza succedevano ad esclusione dei

(1) WARNKÖNIG, p. 122.

(2) PECQUEUR, Des intérêts du commerce T. II, not. I p 476.

(3) DEUTER. XXI, § 15-17.

(4) PASTORET, V. 1 p. 425, 426. SALVADOR, Institutions de Moïse, T. II p. 184.

fratelli del defunto, i quali non ereditavano che in difetto di discendenti. Morendo alcuno senza fratelli la successione si devolveva agli zii paterni, e in difetto di costoro al più prossimo parente (1). Il padre e l'avo non sono indicati fra gli eredi nei testi della Scrittura; poichè questi si riferiscono soltanto ai beni patrimoniali o ereditarii, dei quali i genitori non potevano spogliarsi mentre erano in vita (2). Agli altri beni il padre e l'avo succedevano quando i figli morivano senza lasciare posterità. Nel caso però della levirazione, la successione del figlio avuto dalla vedova col fratello del defunto marito, si trasferiva col dritto di primogenitura da una parte della famiglia all'altra, cioè alla famiglia dello zio, e alla sua volta il primogenito, nato da tal matrimonio tra la vedova e il cognato, succedeva come figlio e come solo erede ai beni di suo zio morto senza prole (3). La madre e la parentela materna non succedevano (4), nè all'infuori delle figlie succedevano altre donne, fossero pure le sorelle: in appresso però fu moderato siffatto rigore, ammettendosi le femmine a succedere quando non esistessero maschi dello stesso grado (5). I figli succede-

(1) Num. XXVII, § 8-11.

(2) SALVADOR, T. II p. 185.

(3) PASTORET, V. I p. 426, 442.

(4) Id. p. 426. ESCHBACH p. 508.

(5) RATHERY, Histoire du droit de succession des femmes, nella *Revue de leg. et de jurispr.* T. 18 p. 64, 65.

vano alla madre come il marito succedeva alla moglie; ma il dritto non era reciproco, poichè nè la madre ai figli, nè la moglie succedeva al marito (1).

§ 5. Nulla di preciso si conosce quanto alle leggi successorie della Persia e dell'Egitto. La considerazione e il rispetto in cui erano tenute le donne presso gli Egiziani farebbe presumere ch'elleno dovessero ereditare insieme agli uomini; ma d'altra parte ciò difficilmente avrebbe potuto conciliarsi con lo spirito d'immobilità e col sistema dell'eredità delle caste e delle professioni, il quale si sarebbe senza dubbio alterato se per la successione delle donne i beni avessero potuto da una famiglia o da una casta passare ad una famiglia o ad una casta diversa.

Intorno alla legislazione de'Sirii e dei Fenici è noto solo ch'essa ammetteva il dritto di primogenitura, per lo quale il fratello maggiore riceveva nella successione una porzione più grande di beni. Pare che le figlie non fossero senza dritto all'eredità paterna, come si argomenta dalle stesse querele che facevano Lia e Rachele vedendosi escluse dalla successione di Labano (2).

Quanto agli altri paesi dell'Asia Minore, si conosce che nell'Armenia le donne erano escluse dalla successione, come rilevasi dalla novella 21 di Giustiniano, che abolì tale consuetudine come

(1) PASTORET, V. 1, p. 426, 427.

(2) GEN. XXXI, 14, 15. XLIX, 3.

barbara ed ingiusta. È noto altresì che in Rodi, per conservare illesa la memoria dei genitori, la legge obbligava i figli a pagare tutti i debiti del padre; quand' anche avessero rinunciato alla sua successione (1).

Singolare poi era la legislazione de' Licii e forse unica nella storia: fra essi l'eredità dei beni del defunto era attribuita non agli uomini, ma bensì alle donne (2): il che derivava forse dalla supremazia ch'essi secondo alcuni riconoscevano nelle donne; tanto che i figli non portavano il nome del padre, ma della madre, e perciò dalla condizione di questa era regolato il loro stato civile (3).

§ 6. Secondo la legislazione di Maometto il dritto di successione sembra fondato unicamente su' principii della natura e dell'equità. Nulla vi è che accenni allo scopo di conservare i beni nelle famiglie e lo splendore del nome: nè distinzione di beni ereditarii e acquisiti, nè dritto di primogenitura, nè esclusione delle donne; poichè queste succedono insieme con gli uomini, sebbene in una porzione minore. Un sistema agnatico, così favorevole alle aristocrazie, non conveniva col regime sociale che Maometto voleva stabilire fra gli Arabi, e il quale anzichè alla conser-

(1) BARTHELEMY, Voyage d'Anacharsis c. 73 p. 572.

(2) STOBEO; Frammenti della Storia Universale di Nicola Damasceno. *Licii*.

(3) ERODOTO, Lib. I § 173.



vazione delle distinzioni di tribù, di caste e di famiglie, tendeva invece a fondere insieme e riunire sotto un potere unico ed assoluto le diverse tribù che vivevano isolate e rivali tra loro.

I giureconsulti maomettani distinguono due specie di eredi, cioè gli eredi chiamati ad una porzione legale o determinata dell'eredità, e gli eredi universali o *acebs*, ossia tutti i parenti maschi della linea maschile, i quali, se concorrono soli, raccolgono l'universalità della successione, e se concorrono con gli eredi a porzione legale, prendono l'aliquota che rimane, detratte le porzioni riservate a questi ultimi (1).

La chiamata degli eredi è stabilita sulla presunta affezione del defunto e sul principio che questa, ispirata ai sentimenti di carità e di beneficenza, si estenda nello stesso tempo a molti parenti. Così nel dritto maomettano l'ordine della successione si distingue da quello di tutte le altre legislazioni pel concorso simultaneo degli ascendenti co' discendenti, e la successione non è ordinariamente attribuita ad un sol ordine di eredi, ma a molti insieme che la dividono in diverse proporzioni secondo i casi. Al defunto secondo tale sistema succedono in primo luogo i figli, maschi o femmine, senza dritto di rappresentazione, in modo che i figli di un figlio premorto non ereditano che in

(1) SAGOT-LESAGE, Étude sur la législation de Mahomet, nella *Revue histor. de droit français et étrang.* T. IV p. 581. 583.

mananza di figli , mentre nello stesso ordine di eredi quelli del grado più prossimo escludono sempre quelli del grado più lontano (1). Però i maschi ricevono una porzione doppia delle femmine, avendo Maometto abolito l'uso antico degli Arabi di escludere interamente le donne dall'eredità. Co' figli intanto concorrono gli ascendenti ed il coniuge : il padre e la madre ricevono ciascuno un sesto; la moglie prende un ottavo se il marito lascia figli, il quarto nel caso opposto : il marito nella successione della moglie raccoglie il quarto, e nell'inesistenza di figli della stessa prende la metà. Se il defunto lascia soltanto figlie, queste prendono due terzi se sono due o più ; ove sia una sola , essa riceve la metà; le altre porzioni sono attribuite all'erede *aceb* più prossimo, salvo sempre i dritti degli ascendenti, i quali prendono la porzione legale loro riservata dalla legge. In mancanza di discendenti succede il padre, ad esclusione di ogni altro erede, salvo tuttavia il coniuge. La madre succede del pari al figlio; ma se concorre insieme col padre, non riceve che un terzo, mentre gli altri due sono devoluti al padre come erede *aceb* più prossimo : concorrendo sola , essa non prende se non un sesto de'beni, poichè alle rimanenti porzioni sono chiamati i parenti collaterali del defunto (2).

(1) DE S. JOSEPH, T. IV p. 434.

(2) CORANO, Cap. IV § 8, 12, 13, 14. SAGOT-LESAGE, p. 587.

Il Corano nella linea collaterale non indica tra gli eredi a porzione determinata o legittima che soltanto i fratelli e le sorelle, come nella linea ascendente non fa menzione se non del padre e della madre. È certo però che per gli eredi universali i gradi di successibilità erano più estesi, come si rileva dal Capo IV, § 15 del Corano stesso, in cui si prevede il caso di un' eredità pervenuta ad un fratello da parenti più lontani.

Lasciando il defunto soltanto sorelle, la successione, se esiste una sola sorella, si appartiene a lei per metà; se sono due o più, esse prendono congiuntamente i due terzi della successione: la metà o il terzo residuale si appartiene all' erede *aceb* più prossimo. Il fratello poi succede alla sorella nell'intero. Se concorrono fratelli e sorelle, i primi hanno una porzione doppia delle seconde (1).

La legislazione musulmana riconosce nella linea collaterale il privilegio del doppio vincolo; di maniera che i fratelli e le sorelle germane e i loro figli sono preferiti ai fratelli ed alle sorelle unilaterali ed ai figli di costoro (2).

Quanto al pagamento dei debiti, le leggi mao-mettane non ammettono in materia di successione la finzione giuridica della continuazione della persona del defunto in quella dell'erede; perciò non

(1) CORANO, Cap. IV § 175.

(2) DE S. JOSEPH, T. IV p. 435.

riconoscono eredi necessari; e sebbene imponga-  
no agli eredi come primo dovere la soddisfazione  
di tutti i debiti del defunto, non li obbligano pe-  
rò a pagare i debiti anche del proprio nel caso  
che il valore dei debiti stessi sorpassi quello dei  
beni dell'eredità (1).

§ 7. In Atene le leggi successorie erano come  
in Oriente dirette alla conservazione de' beni nella  
famiglia, ma non tanto per uno spirito patriarcale  
e domestico, quanto per l'interesse dello Stato che  
prevaleva sopra qualunque altro.

Per succedere bisognava godere de' diritti civili  
e politici, essere cittadino ed ingenuo; onde era-  
no assolutamente incapaci gli stranieri e gli schia-  
vi (2). Quanto all'ordine degli eredi, le leggi at-  
tiche chiamavano in primo luogo i figli e loro di-  
scendenti legittimi senza alcun dritto di primoge-  
nitura (3). Le figlie non succedevano al padre che  
in difetto di figli e di tutta la posterità maschi-  
le (4). A gradi ineguali nella linea retta, sia ma-  
schile sia femminile, aveva luogo il dritto di rap-  
presentazione all'infinito (5). Il figlio e la figlia  
succedevano alla loro madre in preferenza di ogni

(1) SACOT-LESAGE, p. 593, 594.

(2) GIRAUD, Du droit de succession chez les Athéniens, nella  
*Revue de leg. et de jurispr.* T. 16 p. 108.

(3) PETIT, Lib. VI tit. VI § 7.

(4) GIRAUD, p. 108, 109.

(5) GIRAUD, p. 110, 111.

altro erede (1). I figli adottivi succedevano alla madre come pure ai parenti materni, ma non ai parenti paterni della famiglia naturale da cui erano usciti per l'adozione (2).

In difetto di discendenti succedevano i collaterali secondo l'ordine di prossimità, preferendosi senza veruna restrizione alla linea femminile la linea agnatica sino ai figli dei cugini; in guisa che i parenti materni del defunto e la madre stessa non succedevano che in difetto di cugini paterni. La linea materna nella chiamata alla successione si estendeva solo sino ai figli dei cugini: in difetto di questi si ritornava alla linea degli agnati, i quali erano chiamati a succedere per quanto lontano fosse il loro vincolo di sangue col defunto. Così le femmine non erano escluse nella linea collaterale, ma sempre posposte ai maschi dello stesso grado e ai discendenti e rappresentanti di questi: onde, come i nipoti da figlio precedevano la figlia nella linea retta, così i nipoti da fratello precedevano la sorella. Il diritto di rappresentazione della linea maschile si estendeva tanto ai maschi quanto alle femmine della stessa linea; per modo che la figlia del fratello, come rappresentante di costui, era nella successione dello zio preferita alla sua zia paterna, cioè alla propria sorella del

(1) CAUVET, De l'organis. de la famille à Athènes, nella *Revue* cit. T. 24 p. 453.

(2) PETIT, Lib. VI tit. VI § 6.



defunto. Anche quando la rappresentazione non era ammessa i maschi del grado immediatamente seguente escludevano le femmine del grado più prossimo; i figli dei cugini perciò escludevano la cugina germana (1).

Del resto le donne chiamate alla successione anzichè una vera eredità raccoglievano un possesso temporaneo e condizionato dei beni, il quale poteva essere revindicato dagli agnati della famiglia. In fatti se il defunto moriva lasciando un'unica figlia, madre di uno o più figli, essa raccoglieva la successione, ma per trasmetterla ai suoi figli tostochè avrebbero raggiunta l'età maggiore: se poi la figlia non era maritata, l'eredità a lei devoluta si apparteneva meno a lei (la quale si riguardava come un'appendice dell'eredità, *ἐπικληρῶν* da *κληρὸς*, eredità) che all'agnato più prossimo, il quale avea il dritto di reclamarla in isposa (2).

È quistione molto controversa tra gli ellenisti se gli ascendenti fossero chiamati alla successione (3): sembra però indubitato che il padre succedeva in difetto di discendenti e in preferenza della madre e dei fratelli del defunto, laddove la madre non era chiamata che dopo la linea del padre, cioè dopo i figli dei cugini (4).

(1) PETIT, Lib. VI tit. VI § 9. CAUVET p. 454.

(2) GIRAUD, p. 111 113, 114.

(3) ESCHBACH, p. 576. GIRAUD p. 118.

(4) GIRAUD, p. 120.

I figli del defunto erano eredi necessarii, sia perchè non potevano essere diseredati senza giusta causa, sia perchè non potevano ripudiare l'eredità per quanto fosse onerosa (1): essi perciò come eredi necessari non avevano bisogno di alcun atto di accettazione per acquistare il possesso dell'eredità, a differenza degli altri eredi, i quali dovevano giudiziariamente revindicare l'eredità innanzi all'arconte ed ottenere da lui l'immissione in possesso (2).

§ 8. A Sparta il principio che regolava le leggi successorie era esclusivamente la ragione di Stato, cioè la conservazione della ripartizione dei territorii e dell'eguaglianza delle porzioni stabilita da Licurgo a base del suo sistema sociale. Avendo egli diviso in novemila porzioni il territorio di Sparta e in trentamila il rimanente della Laconia, e volendo mantenere un'eguaglianza di beni tra tutti i cittadini, vietò espressamente di poter dividere o vendere la porzione di territorio a ciascuno assegnata nella ripartizione da lui fatta (3). Laonde alla morte del padre non era chiamato a succedere che il solo primogenito ad esclusione degli altri fratelli, dappoichè se l'eredità avesse dovuto dividersi fra tutti sarebbesi distrutta l'eguaglianza delle porzioni che dovea mantenersi fra

(1) ESCHBACH, p. 575.

(2) CAUVET, p. 455. PASTORET V. 2 p. 95.

(3) BARTHELEMY, Voyage du jeune Anacharsis c. 46 p. 343.

i cittadini (1). Al mantenimento poi dei cadetti si provvedeva in altri modi, assegnando loro delle porzioni di terra messe in serbo o divenute vacanti: oltre di che una porzione di terra era assegnata a tutti i neonati che in seguito dell'ispezione cui erano sottoposti fossero riconosciuti sani e robusti (2). Sembra inoltre che gli ultrogeniti potessero ereditare dei beni mobili di ogni specie come altresì degli schiavi, e che il primogenito fosse obbligato di provvedere ai loro bisogni giornalieri (3).

Secondo lo spirito di queste istituzioni non era possibile che le donne fossero ammesse all'eredità: in fatti esse non furono chiamate a succedere in difetto di maschi che con la legge proposta da Epitadeo 400 anni avanti Cristo e 500 anni dopo Licurgo, con la quale fu pure introdotta la libertà di testare, rovesciandosi tutto l'edificio sociale stabilito da Licurgo (4). Così le donne poterono acquistare proprietà considerevoli, ed Aristotile giunge a dire che le Lacedemoni possedevano le due quinte parti del territorio (5).

(1) PLUTARCO, Vita di Licurgo.

(2) PASTORET, V. 1 p. 744.

(3) BARTHELEMY, cap. 46 p. 343.

(4) PASTORET, V. 1 p. 742.

(5) Politica II c. VII.

SEZIONE 2.<sup>a</sup>

*Legislazione romana.*

§ 1. Le leggi della successione legittima presso i Romani derivavano dalla divisione delle terre fatta da Romolo (1) e dal principio della conservazione dei beni nelle rispettive famiglie. Ciò richiedeva che i beni non passassero da una famiglia in un'altra, ma si trasmettessero sempre ai membri della stessa famiglia; onde le leggi delle dodici tavole non chiamavano a succedere se non i figli e discendenti che vivevano nella famiglia del defunto e sotto la potestà di lui, *heredes sui*, esclusi perciò i figli emancipati. In difetto di eredi *sui* venivano i più prossimi parenti da maschio, detti agnati, cioè tutti i collaterali paterni de'due sessi, e così per primi i fratelli e le sorelle nate dallo stesso padre (2).

I parenti da femmina non succedevano secondo le dodici tavole, poichè avrebbero portato i beni in altra famiglia; nè i figli succedevano alla madre, come neppure questa ereditava dai figli, mentre fra gli uni e l'altra non v'era vincolo di agnazione. Solo nel matrimonio accompagnato dalla

(1) MONTESQUIEU, *Esprit des lois* Lib. XXVII.

(2) ULPIAN. Tit. XXVI § 1.

*manus*, riguardandosi la madre come figlia del marito e sorella de' proprii figli, questi e la madre si succedevano a vicenda come consanguinei a titolo di fratelli e sorelle (1). Ma nulla montava se l'erede suo o agnato fosse maschio o femmina, poichè non succedendo i parenti del lato materno, seguiva che i beni, di cui era erede una donna, ritornavano, benchè ella si maritasse, sempre alla famiglia donde erano usciti. La figlia succedeva a suo padre; ma i figli di lei, a differenza dei figli da figlio, non succedevano all'avolo, mentre per conservare i beni nella famiglia erano ad essi preferiti gli agnati. Così le donne giusta le prime leggi successorie dei Romani non erano assolutamente incapaci di succedere per ragione del sesso come nelle leggi germaniche, ma succedevano o no secondo che la loro chiamata si conciliava o no con la legge della divisione delle terre (2). Intanto verso la fine del sesto secolo di Roma invalse il principio di escludere dalla successione anche le donne della linea degli agnati, ad eccezione delle sorelle germane del defunto, il che per lo stesso motivo della legge Voconia intorno alle successioni testamentarie fu stabilito per impedire la concentrazione di grandi ricchezze nelle mani delle donne in un'epoca in cui l'antica po-

(1) GAIUS, III § 14.

(2) MONTESQUIEU, Lib. XXVII.



testà maritale e la tutela perpetua cadevano in desuetudine (1).

Le leggi delle dodici tavole non chiamavano il padre alla successione del figlio, dappoichè, non potendo il figlio nulla avere di proprio, non poteva verificarsi il caso di una successione a favore del padre. Quando poi s'introdussero i peculii, il padre fu ammesso a raccogliere i peculii lasciati dal figlio, però non in qualità di erede, ma in virtù della patria potestà, *jure peculii*, allo stesso modo che il padrone succedeva ai peculii lasciati dallo schiavo; mentre in qualità di erede e non *jure peculii* il padre fu chiamato a succedere al figlio soltanto per le costituzioni imperiali e pei beni pervenuti al figlio dalla linea materna (2).

In difetto di agnati l'eredità era devoluta ai gentili sempre che il defunto ne avesse (3). Chiamavansi *gentiles* quelli che appartenevano alla stessa decuria o *gens*, specie di divisione politica o municipale come le *φρατρίαι* e *γενν* dei Greci: ogni *gens* era formata dalla riunione di differenti famiglie, che avevano un soprannome comune ed

(1) PAUL. Sent. Lib. IV t. 8 § 22. « Feminae ad haereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex XII tabularum nulla discretionem sexus agnatos admittit. »

(2) ORTOLAN, Explication historique des Instituts T. II p. 28.

(3) « Intestatorum hereditas lege XII tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferabatur. » PAUL. Sent. lib. IV tit. 8 § 3.

erano unite insieme da vincoli religiosi e politici non che dall'obbligo di scambievole e fedele aiuto, specialmente pel pagamento delle gravezze straordinarie e pel riscatto dalla prigionia del nemico (1). Fra gli altri rapporti comuni si comprendeva precisamente il dritto reciproco di successione; poichè alla morte di un gentile senza testamento e senza agnati i suoi beni passavano ai membri superstiti della *gens* cui apparteneva: a questo dritto di eredità però era correlativo anche l'obbligo della tutela de' minori che non avevano agnati (2). Se non esistevano eredi sui, nè agnati, nè gentili, la successione rimaneva vacante, benchè il defunto avesse lasciato de' parenti naturali o cognati anche prossimi, ed ognuno poteva occupare ed usucapire i beni che facevano parte dell'eredità (3). Dopo la legge Giulia però le successioni vacanti furono devolute al fisco (4).

§ 2. Tal era l'ordinamento successorio secondo la costituzione primitiva della famiglia romana; ma in appresso la giurisprudenza, l'editto del Pretore e quindi le costituzioni imperiali fecero prevalere i vincoli di sangue e le ragioni dell'equità su' principii della ragion politica e del rigore del dritto. Invero il Pretore chiamò al possesso del-

(1) NIEBUHR, *Histoire Romaine* T. 4 p. 305, 309.

(2) FRESQUET, *Traité élémentaire de droit romain* T. 1 p. 120.

(3) CICERO. *De legib.* II, 19.

(4) ULPIAN. XXVIII, 7.

l'eredità lasciata dal padre anche i figli emancipati; questi però, secondo una clausola aggiunta all'editto da Giuliano, dovevano, ove concorressero con figli rimasti sotto la patria potestà, cedere a costoro la metà della loro porzione (1). Preferendo poi, come dice Gibbon, il sangue de'cognati al nome de'gentili, il titolo e il carattere de'quali andò insensibilmente in oblio, il Pretore, in difetto di agnati, parenti da maschio, ammise a succedere i cognati, cioè tutti i parenti fino al sesto grado senza distinzione se fossero parenti da maschio o da femmina (2), e oltre di essi, chiamò anche i figli dei secondi cugini (*a sobrino sobrinave nati*), i quali si trovavano nel settimo grado (3). In difetto di cognati chiamò alla successione il coniuge superstite (4).

I figli e la madre essendo fra loro cognati, furono per conseguenza chiamati a succedersi reciprocamente; però non erano ammessi che in terzo luogo, essendo come tutti i cognati posposti agli eredi sui ed agli agnati di grado lontano. Poscia col senatoconsulto Tertulliano la madre, che avesse un certo numero di figli, fu nella successione del figlio preferita agli agnati che non fossero il padre o i fratelli consanguinei (5); e i figli col senatoconsulto

(1) Dig. Lib. 37, tit. 8 fr. 1 § 3.

(2) GAIUS, III § 24, 30.

(3) Dig. Lib. 38 tit. 8 fr. 1 § 1, 2, 3.

(4) Dig. lib. 38 tit. 14 fr. 1.

(5) ULPIAN. XXVI § 8. Inst. Lib. 3 tit. 3 pr. § 1, 2, 3, 5.

Orfiziano furono nella successione della madre chiamati in preferenza ai fratelli, alle sorelle ed agli agnati di lei (1). Indi Valentiniano II chiamò i nipoti da figlio alla successione dell'ava materna, ed i nipoti da figlia alla successione dei genitori della loro madre, accordando ad essi la porzione che sarebbe spettata al padre o alla madre, però con alcune detrazioni in favore dei figli viventi e di altri agnati (2).

Questa differenza fra gli agnati e i cognati, base dell'antico sistema della successione, non cessò interamente che ai tempi di Giustiniano, il quale regolando il dritto successorio secondo i vincoli di sangue e la presunta affezione del defunto, tolse ogni divario tra maschi e femmine, tra agnati e cognati, e stabilì come unico principio nella chiamata all'eredità la prossimità della parentela tra l'erede e il defunto. Egli pose la madre nel grado dei fratelli e delle sorelle germane del defunto, chiamandola senza condizioni a succedere insieme con essi (3). Eguagliò la condizione dei fratelli e delle sorelle uterine, che prima come cognati non succedevano, alla condizione dei fratelli e delle sorelle consanguinee, chiamando indistintamente alla successione gli uni in concorso degli altri; ma nello stesso tempo stabilì il privilegio del dop-

(1) ULPIAN. XXVI § 7.

(2) Cod. Theod. lib. V c. 5. Inst. lib. 3 tit. 1 § 15 e 16.

(3) Nov. 22 c. 47.

pio vincolo, preferendo i fratelli e le sorelle germane ai fratelli e alle sorelle unilaterali (1). Accordò poi un dritto di successione anche ai figli naturali verso il loro padre (2). Conformemente all' editto pretorio non chiamò il coniuge superstite alla successione del coniuge defunto se non in difetto di ogni erede; ma concesse alla moglie povera anche in concorso de' figli un dritto di successione su' beni del marito, da non poter però eccedere il quarto dell' eredità (3).

§ 3. Presso i Romani ogni famiglia aveva i suoi sacrificii particolari (*sacra privata*) al pari delle genti (*sacra gentilicia*). Essi dovevano mantenersi e conservarsi in perpetuo nelle rispettive famiglie: tutti quelli che entravano in una famiglia o raccoglievano la successione di un membro di essa, avevano l'obbligo di compiere tali sacrificii e contribuire al loro mantenimento (4). Chi poi usciva da una famiglia o da una gente doveva rinunciare ai sacrificii della stessa (*detestatio sacrorum*) ed obbligarsi a quelli della nuova gente o famiglia nella quale entrava (5). Alla perpetuazione di questi *sacra privata* i Romani annettevano grande impor-

(1) Nov. 118. Nov. 127. Nov. 84.

(2) Nov. 89 c. 12.

(3) Nov. 117 c. 5.

(4) CICER. De legib. Lib. II c. 19, 20, 21.

(5) ADL. GELL. Lib. XV c. 27.

CICER. pro Murena c. XII. WALTER V. 1 § 15.



tanza (1), sia per mantenere il culto religioso degli avi, sia per conservare lo splendore e il nome della famiglia; onde una specie di disonore teneva dietro a colui che moriva senza eredi, poichè il difetto di questi avrebbe prodotta l'estinzione dei *sacra* della famiglia (2).

La memoria del defunto era pur notata d'infamia, se essendo egli oberato di debiti, fossero i ereditori obbligati di porre in vendita la sua eredità. Ciò però non avveniva se il debitore lasciava un erede; dappoichè, la vendita dei beni in caso d'insolvibilità essendo fatta in nome non del defunto, ma dell'erede divenuto proprietario dei beni stessi, l'infamia che seguiva alla vendita ricadeva sulla persona dell'erede e non su quella del defunto (3). Di qui l'origine degli eredi necessari e degli eredi *sui* e necessari, i quali, a differenza degli eredi estranei o volontarii, erano di pieno dritto e anche loro malgrado investiti della qualità di eredi; e perciò non potevano ripudiare l'eredità, tuttochè fosse insufficiente a soddisfare i debiti. Per siffatta ragione, come per quella di perpetuare il culto religioso della famiglia, ognuno pensava a lasciare degli eredi e ad impedire che per difetto o rifiuto di questi rimanesse vacante la sua eredità.

(1) GAIUS, Lib. II § 55.

(2) MONTESQUIEU, Lib. XXIX c. 8.

(3) FRESQUET, T. I p. 339, 398.

Gli eredi necessarii erano gli schiavi istituiti eredi dal defunto, affinchè l'infamia derivante dalla vendita de' beni ricadesse sopra di essi e non sul capo del testatore. Gli eredi *sui* e necessarii erano i figli e discendenti che si trovavano sotto la potestà del defunto: essi al pari degli schiavi erano eredi di pieno dritto e si reputavano continuare la stessa persona del defunto, tanto che Paolo diceva che per loro anzichè una vera successione si verificava invece una libera amministrazione de' beni: « Non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur(1). » Quantunque però non potessero per legge rifiutare l'eredità, poteva il padre dispensarli dall'accettazione di essa istituendoli eredi sotto condizione potestativa (2). Ma in appresso il Pretore accordò agli eredi *sui* e necessarii il dritto di astenersi dall'eredità, *beneficium abstinendi*, che avea per risultato, secondo Teofilo, di far ricadere il disonore dell'insolvibilità piuttosto sul defunto che sull'uomo vivente (3). Tale dritto del resto non pregiudicava il defunto; poichè questi avea in ogni

(1) Dig. Lib. 28 tit. 2 fr. 11.

(2) « Verba haec: Publius Maevius si volet heres esto, in necessario conditionem faciunt, ut si noluit heres non existat. » Dig. Lib. 28, tit. 7 fr. 12.

(3) PARAPHRASIS: « Nam inter duos ingenuos, longe melius est defunctum contumelia affici quam vivum, qui ex eo injuriam sentiat. » Lib. 2 tit. 19 § 2.

caso il mezzo di esimersi dall'infamia istituendo erede uno schiavo, il quale rimaneva sempre erede necessario.

Gli eredi estranei o voluntarii, liberi di accettare o ripudiare l'eredità, avevano bisogno, per acquistarla, di un fatto speciale da loro parte, che poteva essere o l'accettazione formale, *aditio haereditatis*, o il contegna di erede, *gestio pro haerede*, ovvero la *cretio* ossia la dichiarazione (*cernere haereditatem*) con cui nel termine stabilito dal testatore l'erede istituito manifestava se volesse accettare o no l'eredità deferitagli (1). La crezione non riguardava che l'eredità testamentaria, essendo una facoltà concessa dal testatore: ma gli eredi legittimi, estranei o voluntarii, avevano la facoltà, ove fossero richiesti dai creditori pel pagamento dei debiti, di deliberare fra un determinato tempo sulla convenienza dell'accettazione o del rifiuto (2.) Questo dritto di deliberare introdotto dapprima per le eredità intestate, si applicò in appresso anche alle eredità testamentarie, sempre che l'istituzione di erede si fosse fatta dal testatore senza crezione, ossia senza prefinire un termine per deliberare sull'accettazione (3).

(1) ULPIAN. Tit. XXII § 25. « Cretio est certorum dierum spatium quod datur instituto heredi ad deliberandum utrum expediat ei adire hereditatem nec ne. »

(2) Inst. Lib. II tit. 19 § 5.

(3) GAIUS, II § 167. Dig. Lib. 28 tit. 8 fr. 1.

Il dritto di deliberare metteva intanto l'erede nella necessità di accettare o ripudiare puramente e semplicemente l'eredità, esponendolo alle conseguenze o di un'accettazione inconsiderata nel caso che si scoprissero molti debiti, o di un rifiuto pusillanime nel caso contrario. Ad evitar ciò Giustiniano introdusse il beneficio dell'inventario, una delle più belle creazioni legislative che si trovino nella storia di tutti i popoli, come dice il Fresquet (1), per effetto del quale, restando separati i beni del defunto da quelli dell'erede, bastava che costui facesse un esatto inventario dei beni del defunto, affinchè, pur conservando la qualità di erede, non fosse tenuto al pagamento dei debiti che sino al valore dei beni ereditarii.

### SEZIONE 3.<sup>a</sup>

#### *Legislazioni dei popoli germanici e dell'Europa nel medio evo.*

§ 1. Il fondamento del dritto di successione presso i Germani era la solidarietà fra i membri della famiglia. La terra lasciata dal defunto, unica ricchezza di popoli ancora rozzi e senza commercio, doveva trasmettersi ai parenti più prossimi uniti a lui dai vincoli della vendetta e della

(1) FRESQUET, T. 1 p. 412.

difesa comune, e che con le armi avrebbero dovuto difendere la terra della famiglia dalle aggressioni dei nemici. Da ciò seguiva che alla successione della terra potevano fra i parenti esser chiamati soltanto gli uomini, e non le donne, incapaci di difendere con le armi la proprietà e i dritti della famiglia. Così Tacito nel delineare in poche parole l'ordine della successione non fa alcuna menzione delle donne: « Heredes successorisque sui cuique liberi, et nullum testamentum: si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patruī, avunculi (1). »

Questa esclusione delle donne dalle successioni, la quale aveva origine dalla stessa costituzione sociale degli antichi Germani e non dal predominio dell'agnazione come in Oriente, in Grecia ed in Roma, è un fatto che quasi senza eccezione si riscontra in tutte le consuetudini e leggi dei diversi popoli succedutisi in Europa dopo la caduta dell'impero romano. Nei primi tempi l'esclusione delle donne fu assoluta e generale, essendo esse escluse dal succedere fino a che si ritrovassero nella famiglia parenti maschi, benchè remotissimi. Ma in progresso di tempo, per lo sviluppo dei beni mobili e del commercio, pel contatto delle nazioni germaniche co' popoli vinti, e per l'influenza crescente della civiltà e del dritto romano, questa in-

(1) De morib. German. c. XX.



capacità assoluta venne gradatamente a mitigarsi ed a cessare; dappoichè le donne furono anch'esse chiamate all' eredità, ma però sempre in condizione inferiore rispetto ai maschi, in maniera che la loro ammissione non pregiudicasse il principio costantemente e generalmente seguito della conservazione dei beni nelle famiglie. In generale può dirsi che il sistema universalmente adottato in materia di successione dalle legislazioni di Europa, dopo l' invasione dei barbari sino alla rivoluzione francese, fu da principio l' esclusione assoluta delle donne da ogni dritto nell' eredità, e in appresso la preferenza dei maschi alle femmine dello stesso grado, e la preferenza delle femmine di grado più prossimo ai maschi di grado più lontano (1).

L' esclusione totale delle donne nell'esistenza di maschi trovasi consacrata nelle prime leggi barbare, rimaste fedeli agli antichi principii germanici, come la legge Salica e la legge Ripuaria. La prima dice: « De terra vero salica nulla portio hereditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terrae hereditas perveniat (2). » La seconda: « Sed dum virilis sexus exstiterit, foemina in hereditatem aviaticam non succedat (3). » La

(1) LABOULAIE, Recherches sur la condition civ. et polit. des femmes p. 94.

(2) Lex salica Tit. LXII § 6.

(3) Lex ripuaria Tit. LVI § 4.

legge de' Turingii esclude le donne nell'esistenza di maschi sino alla quinta generazione (1). Le leggi poi degli Alemanni (2), dei Bavari (3), de' Sassoni (4) e de' Borgognoni (5), discostandosi alquanto dall'antico spirito germanico, preferivano nella successione della terra i figli alle figlie, ma nel tempo stesso preferivano le figlie ai collaterali.

Le leggi longobarde parimente escludevano le figlie in concorso dei figli, ma le preferivano ai collaterali; ed è da notare che per una singolarità, che non si trova in niun'altra legislazione, le sorelle non maritate del defunto (*in capillo*) erano equiparate alle figlie, di modo che in difetto di maschi succedevano al pari che le figlie del defunto dividendo con esse egualmente la successione (6).

§ 2. L' editto di Teodorico (7) e le leggi dei Visigoti (8), abbandonando interamente il sistema germanico e seguendo in tutto il dritto romano, non ammisero alcuna distinzione di sesso: diedero alle femmine in ogni successione diretta o colla-

(1) Lex Angl. et Werin. Tit. VI § 8.

(2) Lex Alam. Tit. LVII.

(3) Lex Baju. Tit. XIV c. 8 § 1, 2.

(4) Lex Saxon. Tit. VII § 1, 5.

(5) Lex Burgund. Tit. XIV § 1.

(6) LIUTP. Lib. I c. 1. ROTH. 160.

(7) Edict. Theod. § XXIII.

(8) Lib. IV tit. 2 § 1. « Si pater vel mater intestati discesse-  
rint, tunc sorores cum fratribus in omni parentum facultate,  
absque alio obiectu, aequali divisione succedant.

terale gli stessi dritti de' maschi: *nam iustum omnino est*, dicono le seconde, *ut quos propinquitas naturae consociat, hereditariae successionis ordo non dividat* (1). Questo sistema fu poi quello adottato dalla legislazione successiva della Spagna, la quale ad eccezione dell'Aragona, paese tutto feudale, fu la sola del medio evo che consacrò in materia di successione una perfetta eguaglianza fra maschi e femmine, ammettendo le figlie e le sorelle del defunto a succedere insieme co' figli e co' fratelli, ed accordando alle une come agli altri il dritto di retratto successorio su' beni della famiglia (2).

§ 3. I paesi scandinavi seguirono gli stessi principii adottati da' paesi germanici. Dapprima le donne furono assolutamente escluse da ogni dritto di successione: così in Danimarca lo furono sino al secolo XI, e nella Svezia sino all'anno 1266, quando vi furono chiamate per la prima volta dal re Birger Jarl (3). In progresso di tempo le donne furono generalmente ammesse a succedere, ma però sempre in difetto o in condizione inferiore de' maschi dello stesso grado. Così in Islanda la legge del 1280 di Magnus il Riformatore, ammettendo le figlie in concorso co' figli, attribuiva a questi due terzi ed a quelle solo un terzo dell'eredità (4). Le leggi di Svezia al pari di quelle

(1) *Ib.* § 9.

(2) LABOULAIE, p. 423, 424, 436.

(3) GRIMM, p. 473.

(4) LAFERRIÈRE, Histoire du droit franç. T. VI App. VI, p. 463.

danesi e norvegie, chiamando a succedere insieme i maschi e le femmine, assegnavano ai primi una porzione doppia di beni (1), sistema che vedesi adottato anche nello Slesvig (2). In appresso nella Svezia s'introdusse una distinzione tra il dritto delle città e quello delle campagne: secondo il primo, in cui prevalevano le idee nuove, l'eredità si divideva in parti eguali tra i figli e le figlie; secondo il dritto delle campagne, rimaste fedeli al passato, le figlie e le nipoti prendevano un terzo, mentre due terzi erano attribuiti a' figli ed ai nipoti (3).

§ 4. Negli statuti e nelle leggi di Germania, succedute alle antiche leggi barbare, prevalse egualmente lo stesso sistema di preferire il figlio alla figlia, il nipote alla nipote, almeno ne' beni ereditarii (*erbstammgutern*); di maniera che le figlie furono escluse dalla successione solo quando concorrevano co' proprii fratelli, come disponeva il dritto provinciale sassone (4). Nondimeno varii statuti ammettevano le femmine in concorso coi maschi senza distinzione; così il dritto di Svevia chiamava alla successione le figlie insieme a' figli, preferendo solamente costoro nell'immobile principale della famiglia o casa paterna a cui solo i figli succedevano (5).

(1) GRIMM, p. 407, 473.

(2) EINECCIO, Elem. jur. germ. Lib. 2 pars 1 § 278.

(3) LAFERRIÈRE, T. VI p. 468.

(4) EINECCIO, Lib. 2 § 233, 277.

(5) Id. Lib. 2 § 239, 242.

§ 5. Le consuetudini della Francia offrono quanto ai dritti di successione una grande varietà: alcune escludevano le figlie maritate fino a che vi fossero parenti maschi; altre chiamavano le figlie insieme co' figli; ma nella maggior parte consacrarono la preferenza dei maschi sulle femmine dello stesso grado, specialmente nella linea collaterale. Anche nella Francia meridionale, quantunque il fondo della legislazione fosse il dritto romano, le femmine non furono ammesse alla successione paterna in condizione eguale a' maschi, mentre per la prevalenza dello spirito feudale si attribuiva ai maschi, quando con essi concorrevano le femmine, una porzione più importante nell'eredità (1).

§ 6. Fra gli statuti delle città italiane solo quello di Milano, rimasto interamente fedele alla legge salica, escluse le donne dalla successione fino a che esistessero parenti maschi: negli altri prevalse invece lo spirito della legislazione longobarda; i soli fratelli escludevano le sorelle, onde queste in mancanza de' primi erano sempre chiamate a succedere. Così stabilivano in generale gli statuti di Ravenna, di Torino, di Pisa, di Firenze, di Vercelli, di Pavia, di Ostia, di Padova, di Piacenza, di Venezia, di Mantova, di Bergamo, di Bologna, di Tivoli, di Roma e di Velletri. Questa preferen-

(1) LABOULAIE, p. 238, 256, 362, 304, 402.



za de' maschi avea pur luogo nella linea collaterale, mentre le donne erano obbligate di contentarsi di una semplice dote che a titolo di legittima era loro dovuta dai maschi da cui erano escluse (1). Tale esclusione delle femmine da una partecipazione eguale ai maschi nelle successioni legittime, come pure il divieto fatto ai padri ed ai mariti di favorirle di lucri eccedenti una ristrettissima quota, erano precetti dettati da un inconsiderato zelo per la concentrazione delle forze nelle famiglie e da un male inteso ordine domestico (2). Derivavano eziandio dalle gare ed inimicizie municipali esistenti fra città e città, poichè l'una temeva che i beni potessero per mezzo delle donne passare a cittadini di altra città, nemica o rivale.

Nel regno di Napoli le femmine in origine erano escluse totalmente dai maschi di grado anche remotissimo; ma Federico II con la costituzione *In aliquibus* corresse tal sistema, disponendo che i maschi concorrendo alla successione paterna insieme con le femmine fossero a queste preferite, con obbligo però di dotarle convenientemente, ma che in difetto di discendenti maschi dovessero le femmine esser preferite agli altri parenti più lontani. Esse però, quantunque di grado più prossimo, erano escluse non solo dai figli, ma anche da'ni-

(1) GANS, Dritto di succes. nella storia ital. trad. di A. Turchiarulo p. 59, 70, 75, 87.

(2) SCLOPIS, Storia della legislazione italiana V. II p. 106.

poti da figlio e da altri discendenti da maschi (1). La stessa preferenza era ai maschi sulle femmine accordata nelle successioni discendenti dalle consuetudini napolitane. I figli e i nipoti erano però obbligati a dotare le sorelle e le amite, ossia le sorelle del padre; e se i fratelli mancavano di dotare le sorelle giunte a sedici anni, queste erano in tal caso ammesse a succedere all'eredità paterna in concorso co' fratelli e dividendola egualmente (2). Nella linea collaterale la successione era regolata dal dritto romano, nulla avendo per essa disposto la costituzione di Federico; però le consuetudini preferivano anche tra' collaterali i maschi alle femmine dello stesso grado, imponendo però ai primi di dotare le seconde (3).

§ 7. Nell' Inghilterra la legislazione seguì in materia di successione regole essenzialmente diverse, secondo la natura dei beni e la distinzione fondamentale nel dritto inglese dei beni in reali o immobili e in personali o mobili. Per beni reali il dritto di successione è fondato non solo sulla preferenza del sesso, ma anche su quella dell'età; poichè pel dritto di primogenitura introdotto coi feudi la successione nell'esistenza di più figli è per legge attribuita al solo primogenito come l'erede legale ad esclusione degli altri fratelli. Le

(1) Const. Regni Sic. Lib. III tit. XXVI.

(2) MAFFEI, Institutiones juris civilis neapolit. V. II p. 40, 42, 54.

(3) MAFFEI, ib p. 73, 74.

femmine concorrendo co' maschi sono escluse da questi: in difetto di maschi e discendenti da maschio concorrono tutte egualmente alla successione senza dritto di primogenitura. Nella linea collaterale si ammette la stessa preferenza di sesso e di età: il fratello primogenito succede ad esclusione degli altri fratelli; questi e i loro discendenti escludono le sorelle; ma quest' ultime sono preferite a tutti i collaterali di grado più remoto (1).

In alcuni luoghi però della Scozia, del paese di Galles, d'Irlanda, e specialmente nella contea di Kent, tutti i figli, secondo la consuetudine particolare detta *Gavelkind*, erano chiamati congiuntamente alla successione senza dritto di primogenitura (2).

I beni personali o mobili poi sono nella successione attribuiti e divisi egualmente fra tutti i figli ed eredi, non ammettendosi veruna distinzione o preferenza tra maschi e femmine, tra primogenito e ultrogeniti (3).

§ 8. Negli antichi tempi presso gli Slavi erano all'eredità dei beni chiamati ordinariamente i soli figli del defunto; *cum in paganismo*, dice un

(1) BLACKSTONE, Comment. T. III p. 28, 30, 68, 69.

DE S. JOSEPH, Concordance entre les codes T. II p. 245 n. 440 e seg.

(2) BLACKSTONE, T. I p. 116. T. III p. 32. MICHELET, Origines etc. p. 63, 64.

(3) FRANQUEVILLE, Les institutions de l'Angleterre p. 299.

BLACKSTONE, T. III p. 385 e seg.

antico diploma, *solos haberent filios successores*. In mancanza di figli o nell'esistenza di sole figlie, i beni non si ereditavano dagli altri parenti più prossimi, ma per dritto di caducità (*puscizna*) erano devoluti ai principi o al re, i quali ne disponevano a loro arbitrio. Ciò derivava dal perchè le donne e i parenti che non erano gli stessi figli si reputavano, le prime per la debolezza del sesso, e i secondi comechè uniti al defunto da vincoli non molto stretti di solidarietà, fisicamente incapaci o giuridicamente non obbligati a difendere con le armi le terre, le quali si ritenevano essere state concesse al defunto appunto con l'obbligo di difenderle e farle difendere dalle aggressioni de' nemici. Così in Pomerania il dritto di eredità a favore degli altri parenti non s'introdusse che solo verso il 1249; mentre fino a quell'epoca soltanto i figli erano chiamati alla successione del defunto, e in mancanza di essi i beni così mobili come immobili si ereditavano dallo Stato (1).

In progresso di tempo fu abolito il dritto di caducità, e in difetto di figli vennero generalmente ammessi a succedere i parenti più prossimi del defunto.

Quanto alle donne, la loro esclusione dalla successione dapprima fu generale ed assoluta come ne' paesi germanici. Così le leggi della Grande Po-

(1) MACIEIOWSKI, T II-2 233, 234.

lonia, di Boemia, di Ungheria, di Russia, di Moravia, della Slesia concordavano tutte nel dare soltanto ai figli la successione degl'immobili e nell'escluderne le figlie, alle quali non riservavano che una dote da soddisfarsi dai fratelli. Le donne erano escluse non pure dagl'immobili ereditarii, ma anche da'beni acquisiti, almeno nella Grande Polonia; ed anche quando il padre in mancanza di figli avesse legato alle figlie i suoi immobili acquisiti, questi potevano essere ripresi dagli agnati più prossimi. Solamente le leggi della Serbia e della Piccola Polonia, facendo eccezione a tutti gli altri paesi slavi, ammettevano le figlie a succedere insieme ai figli così ne' beni mobili come negl'immobili; ma in appresso lo statuto polacco di Vislica, ravvicinando tra loro gli statuti della Grande e della Piccola Polonia, modificò questo principio di eguaglianza tra i due sessi, disponendo che concorrendo figli e figlie, l'eredità dovesse spettare soltanto ai figli, e che le figlie dovessero contentarsi della sola dote; in mancanza di figli chiamò le figlie alla successione, ma accordò ai nipoti il dritto di riscattare gl'immobili (1).

In progresso di tempo le donne furono ammesse alla successione in tutti i paesi slavi, ma, non altrimenti che ne' paesi germanici, sempre in difetto di maschi del medesimo grado, come in Boe-

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 246, 247.



mia, ovvero in concorso con essi, ma in una porzione inferiore, per lo più nel quarto de' beni, come disponevano le leggi di Ungheria, di Polonia e di Lituania (1). Questa porzione del quarto non comprendeva ordinariamente che soltanto i beni acquisiti, com'era per le leggi di Russia, essendo i beni ereditarii riservati esclusivamente alla discendenza maschile (2).

Nella Lituania alla successione materna concorrevano le figlie insieme ai figli dividendola egualmente: ai figli però era concesso di ritenere gl'immobili e compensare le sorelle con danaro (3). Le sorelle poi potevano succedere ai fratelli solo nei beni che costoro avevano ereditato dalla madre; e anche in questi i collaterali della linea maschile più lontani avevano il dritto di escludere le sorelle, essendo sempre e in ogni caso i parenti paterni preferiti ai parenti materni (4).

§ 9. I principii del dritto di successione, per quanto concerne l'eguaglianza o la preferenza dei sessi, offrivano poi nel medio evo una gran varietà secondo la differente natura dei beni e la condizione delle persone cui si appartenevano. In fatti per le modificazioni a cui fra il secolo IX e il secolo XII andò soggetto il dritto della proprie-

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 317 e seg.

(2) Id. § 323.

(3) Id. § 317.

(4) Id. § 318.

tà fondiaria , sursero a fianco all'allodio, cioè al pieno e assoluto dominio della terra, delle nuove e svariate specie di tenute, il precario, il censo, i beneficii, i feudi, le tenute rustiche e le tenute servili, le quali tutte non avevano il carattere del dominio libero e pieno , ma di una proprietà limitata e soggetta al dominio eminente di un altro proprietario.

Ora tutte queste nuove specie di proprietà quando, da vitalizie quali erano dapprima , divennero poi ereditarie, non furono rispetto al dritto di trasmissione e di successione regolate da principii uniformi , ma bensì da principii differenti e variabili secondo l' origine e i caratteri speciali che le distinguevano. Tutte però avevano di comune che in esse il fondamento della successione non era la legge, ma solo la volontà del proprietario concedente e il contratto delle parti; di maniera che dalla volontà dell'uomo e non dalla legge era regolato l'ordine e la chiamata degli eredi. Questa libertà nel regolare la successione contribuì grandemente a migliorare la condizione delle donne; dappoichè, essendo libera la chiamata degli eredi, seguì che anche le donne poterono essere chiamate a succedere in tali tenute non altrimenti che gli uomini. Così gli antichi diplomi e le formole mostrano che bene spesso anche le figlie erano chiamate ad una parte della successione, e non di rado tutta la successione era attribuita egualmente ai

figli e alle figlie senz' alcuna distinzione tra maschi e femmine, tra fratelli e sorelle (1). In molti documenti poi si osserva che i padri chiamavano le figlie alla successione, qualificando la loro esclusione come una consuetudine empia ed ingiusta (2).

§ 10. Nelle tenute feudali e nelle classi elevate della società l'ordine della successione era regolato dal sistema feudale e precisamente dall'esigenze del servizio militare. La necessità di questo servizio portava come conseguenza la preferenza de' maschi sulle femmine; dappoichè, non essendo in origine i feudi che concessioni fatte col peso del servizio militare, era naturale che dalla successione ai beni feudali fossero escluse le donne incapaci di portare le armi e di combattere (3). Perciò la costituzione di Corrado il Salico, che primo introdusse l'eredità ne' feudi, come del pari il libro degli usi feudali non ammettevano alla suc-

(1) LABOULAYE, p. 198.

(2) MARCULFI *Formulae* Lib. II form. 12.

« Dulcissima filia mea illa, ego ille. Diuturna, sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra paterna sorores cum fratribus portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem, sicut mihi aequaliter a Deo donati estis filii, ita et a me sitis aequaliter diligendi et de re mea post meum discessum aequaliter gratuletis. » Vedi CANCIANI T. II p. 229.

(3) « Quia foeminae neque saidam levare neque pugnā facere possunt, id est quia bello gerendo faciendove idoneae non sunt, et bellorum necessitas peperit feuda. » GOTACIUS, *De feudis* Lib. I tit. 1.

cessione dei feudi che i soli maschi (1). Ma in progresso di tempo, acquistando i feudi sempre più il carattere di un patrimonio, furono applicati all'eredità dei feudi gli stessi principii dell'eredità degli allodii; e come in questi le donne erano state ammesse a succedere in difetto di maschi, così s'introdusse anche ne' feudi la successione delle donne, tanto più che per le migliorate condizioni della società scemava il bisogno della prestazione personale del servizio militare. Perciò così in Francia come in Inghilterra, in Olanda, in Fiandra, in Italia e nella Germania le donne furono generalmente ammesse all'eredità dei feudi quando mancavano parenti maschi dello stesso grado, essendo esse sempre posposte a costoro, ma preferite ai maschi di grado più lontano (2). Inoltre l'ordine della successione ne' feudi era per principio regolato non dalle leggi generali, ma dalle leggi particolari stabilite nei titoli di concessione; di maniera che le donne potevano esser chiamate all'eredità feudale sempre che il concedente ve le avesse espressamente ammesse nel titolo d'investitura: onde il *Liber Feudorum* consacra la massima: « Filia non succedit in feudo nisi investitura fuerit facta in patre ut filii et filiae succedant in feudum, tunc enim succedit filiis non ex-

(1) Consuet. Feud. Lib. 1 tit. 8, Lib. V tit. 1.

(2) LABOULAIE, p. 231, 232.

tantibus (1).» In alcuni paesi siffatto principio ebbe tale estensione che furono riconosciuti de' feudi ne' quali il titolo d'investitura non chiamava a succedere che soltanto le femmine: il che è tuttavia in vigore in Inghilterra, dove un feudo femminile (*tail female*) non può appartenere agli eredi maschi della investita, tuttochè fossero i parenti più prossimi ch'ella potesse avere (2).

§ 11. L'obbligo del servizio militare annesso ai feudi traeva seco come necessaria conseguenza anche il dritto di primogenitura (3); imperocchè importava che il servizio militare non si scindesse o si diminuisse in pregiudizio del signore concedente: il che sarebbe avvenuto se il feudo fosse per successione dalle mani di un solo vassallo passato nelle mani di molti. L'indivisibilità stava quindi nello spirito del sistema feudale: onde il dritto di primogenitura vedesi in origine ammesso in quasi tutte le legislazioni de' feudi. Così in Francia tutti i feudi da principio erano indivisibili e si devolvevano soltanto al primogenito come *praedia militaria* per sostenere le spese della guer-

(1) Consuet. Feud. Lib. 1 tit. 8 § 2.

(2) LABOULAIE, p. 227.

(3) Prima dell'introduzione della feudalità il dritto di primogenitura non era ammesso generalmente neppure nella successione delle corone. In fatti varii esempj, specialmente tra i re franchi, Merovingi e Carolingi, mostrano che i regni si dividevano egualmente tra tutti i figli. Vedi GRIMM p. 473.



ra (1). In Italia Corrado il Salico nello stabilire la perpetuità de' beneficii o feudi minori ammise tutti i figli egualmente alla successione senza distinzione di età (2); ma i feudi maggiori, cioè i ducati, i marchesati e le contee, quando da vitalizii furono resi ereditarii da Federico Barbarossa, furono così per l'Italia come per l'Alemagna dichiarati indivisibili, ossia trasmessibili a favore del solo primogenito (3). A tal modo la successione feudale nacque doppia in Italia, dividua pe' feudi minori al pari della successione degli allodii, ed individua pe' feudi maggiori; laddove in Francia senza distinzione era individua per tutti i feudi: così s'introdusse in Italia la distinzione delle successioni *de jure Francorum* e di quelle *de jure Langobardorum* (4).

Agli ultrogeniti esclusi dalla successione pel diritto di primogenitura era riservata una pensione vitalizia da corrispondersi dal primogenito sulle rendite e su' frutti del feudo a titolo di appannaggio o provvisione (5), affinchè avessero i mezzi sufficienti per vivere ed anche per poter militare e contribuire al servizio del feudo; onde in Napoli questo assegnamento denominavasi pure *vita-milizia*,

(1) LOISEL, Inst. coutum. Lib. IV tit. III § 60.

(2) Consuet. feud. Lib. V tit. 1.

(3) Id. Lib. II tit. LV §. 1.

(4) CAPONE, Discorso sulla storia delle leggi patric T. 1 p. 151.

(5) DUCANGE, v. *Apanamentum*, *Apanagium*.

e per esso il primogenito poteva anche esigere un sussidio dagli uomini del feudo (1).

In appresso, venendo meno il bisogno della prestazione personale del servizio militare, invalse anche ne' feudi il principio della divisione fra gli eredi dello stesso grado, specialmente ne' feudi minori, i quali erano meno soggetti all'obbligo della milizia e all'esigenze della ragione politica. Così anche in Francia il dritto di primogenitura in progresso di tempo non conservò più il suo carattere assoluto; dappoichè, divenendo i feudi divisibili non altrimenti che i beni patrimoniali, il primogenito non ereditò più egli solo tutto il feudo ad esclusione degli altri fratelli; ma si ebbe soltanto un dritto di preferenza, per lo quale egli prendeva una porzione più importante di quella degli altri fratelli, ed in ispecie la tenuta principale, ovvero il così detto *vol du chapon*, che consisteva in un iugero di terra o in un giardino (2).

Fra le donne generalmente non si ammetteva dritto di primogenitura: così in Inghilterra tutte le figlie erano senza distinzione chiamate alla successione e dovevano dividerla in parti eguali fra esse: onde dicevansi *parceneres* (3). Anche in Francia quasi dappertutto niuna preferenza si attribuiva

(1) Const. Regni Sic. Lib. III tit. XXI. MAFFEI T. II p. 94.

(2) LOISEL, lib. IV tit. III § 61, 62 e seg.

(3) BLACKSTONE, T. II p. 621, T. III p. 33.

alla figlia primogenita (1). Non mancano però delle leggi e degli statuti che ammettevano anche tra le donne il dritto di primogenitura, come per esempio gli Stabilimenti di S. Luigi in Francia, i quali lo ammettevano eziandio nella linea collaterale (2). Ciò costituiva una vera singolarità, mentre nella linea collaterale il dritto di primogenitura non era riconosciuto per regola neppure tra maschi, meno pel nome, per la dignità e per le armi gentilizie del defunto (3).

AmMESSO il dritto di primogenitura nella successione de' feudi, ne derivò che i principii della successione feudale si applicarono alla successione monarchica delle corone, ch'erano i maggiori de' feudi; e quindi s'introdusse il principio ignoto all' antichità, quello cioè di considerare la sovranità come un dritto inerente alla successione della terra e trasmissibile con questa per dritto di primogenitura come un fedecompresso di una determinata famiglia.

§ 12. Come i feudi rappresentavano la proprietà delle classi più elevate della società, così le tenute rustiche (*mansus, meix*) (4) costituivano la proprietà delle classi infime. Queste tenute erano quelle parti delle immense estensioni de' possessi

(1) LOISEL, lib. IV tit. III § 81.

(2) LABOULAIE, p. 237.

(3) LOISEL, loc. cit. § 82.

(4) GRIMM, p. 536.

feudali, che, abitate da' coloni e da' servi addetti alla gleba, vennero a poco a poco attraverso le successive vicissitudini della schiavitù possedute con dritto di proprietà ed ereditariamente dalle famiglie de' servi e de' coloni stessi. In ciascuna di queste tenute, abitate da famiglie che a spese comuni le coltivavano, si formò una società o comunione fra' membri della stessa famiglia, fra il padre, la madre e i figliuoli, la quale per la morte del padre si continuava tra i fratelli e la madre superstite, e successivamente si rinnovava o si accresceva con le nuove generazioni (1).

Ora in siffatte società il principio che regolava la successione non era la preferenza di età o di sesso, ma bensì la condizione della vita comune; di maniera che la figlia succedeva come il figlio, e tutti i membri della società succedevano egualmente come comunisti. Ma per succedere bisognava che tutti i membri della società fossero rimasti uniti nella tenuta; dappoichè, se uno solo se ne allontanava o faceva economia distinta mangiando il suo pane a parte, la società era sciolta per tutti e la tenuta ritornava al signore per dritto di manomorta: onde la massima ricevuta generalmente, *le chateau (le pain) part le vilain, un parti, tout est parti* (2). Questa condizione della vita comune era annessa al dritto di successione per ob-

(1) LABOULAIE, 318, 340.

(2) LAFERRIÈRE, T. IV p. 423.

bligare le famiglie de' coloni a rimanere unite nelle vaste tenute de' signori feudali, affinchè non mancassero numerose braccia per ben coltivarle (1).

Fra i servi e gl'individui interamente liberi e indipendenti v'erano delle persone di una classe intermedia, le quali erano libere, ma dipendevano dalla giurisdizione del signore: esse erano conosciute sotto il nome di *roturiers* in Francia, *Pfleghaften* in Germania, *socagers* in Inghilterra, *villani* in Italia. In queste classi la successione, non essendo contrariata dalla condizione feudale o servile della terra, si regolava unicamente secondo i principii dell'eguaglianza fra coeredi e della prossimità del sangue senza distinzione tra figli e figlie (2). Lo stesso sistema seguivasi nei paesi slavi: così in Ungheria i paesani dividevano la loro eredità in porzioni eguali tra i figli, le figlie e la loro madre senza distinzione tra maschi e femmine; in mancanza di figli i beni acquistati dal marito spettavano di pieno dritto alla moglie semprechè il defunto non ne avesse disposto (3).

§ 13. In alcuni paesi lungi dal riconoscersi il dritto di primogenitura v'era invece l'uso singolare di attribuire l'eredità all'ultimo de' figli. Riferisce Montesquieu che presso i Tartari l'erede

(1) LAURIERE, Notes sur les Institutions coutumières de LOISEL Lib. I tit. 1 § 74.

(2) LABOULAIE. p. 353.

(3) MACIEJOWSKI, T. IV § 324.



era sempre l'ultimo de' maschi, per la ragione che gli altri fratelli maggiori, tostochè erano in grado di menare innanzi la vita pastorale, uscivano dalla casa paterna con le masserizie che il padre aveva loro assegnate ed andavano a formare una nuova abitazione (1). Lo stesso costume esisteva in alcuni borghi d'Inghilterra ed era conosciuto sotto la denominazione di *Burgh English* (2): al figlio più giovine si attribuiva l'intera eredità del defunto ad esclusione di tutti gli altri fratelli di età maggiore (3). Tale consuetudine si ritrova egualmente in alcuni paesi della Francia, e precisamente in Brettagna sotto il nome di *Quevaize*: l'ultimo de' maschi o l'ultima delle femmine prendeva tutta la successione ad esclusione de' fratelli o delle sorelle maggiori: e quando morivano senza eredi diretti, il signore raccoglieva la loro successione escludendo gli altri fratelli o le altre sorelle; soltanto i beni mobili si dividevano egualmente fra tutti i figli senza distinzione di età (4).

(1) *Esprit des lois*, Lib. XXVIII c. 21.

(2) « *Rastallo vetus est consuetudo in Burgo veteri, in quo si pater relictis pluribus filiis decedat, secundogenitus ei solummodo succedit in terris et tenementis, quibus saisitus erat in burgo, cum decessit, vi istius consuetudinis: quam etiam locum habuisse in familia Hocstratana auctor est Ludovicus Guicciardinus in Descr. Belgii. Ea autem lex obtinet in comitatu et urbe Nottinghamensi.* » DUCANGE *v. Burghenglish.*

(3) BLACKSTONE, T. I p. 116.

(4) MICHELET, *Origines du droit français* p. 63. LABOULAIE, p. 358.

Anche ne' paesi slavi, e specialmente in Boemia, lo stesso uso si praticava presso il popolo, e verosimilmente fondavasi sulla ragione che il fratello più piccolo o non aveva partecipato affatto o aveva partecipato assai meno de' fratelli maggiori al godimento della comunione de' beni della famiglia. Questa consuetudine si mantenne molto tempo nelle classi inferiori della società: il padre ordinariamente cedeva i suoi beni immobili al figlio più giovine, il quale poi compensava con danaro i fratelli maggiori, che col matrimonio dovevano altrove cercare la loro fortuna. Egualmente nella Lituania ne' primi tempi l'eredità soleva spesso attribuirsi solo al più giovine de' fratelli, dovendo i più grandi essere soddisfatti con danaro (1).

Secondo altri usi l'eredità si attribuiva indistintamente a tutti i fratelli senza privilegio di età, ma ai cadetti si accordava una preferenza sopra una parte o su certi oggetti particolari della successione ovvero nella divisione de' beni. Così nella Fiandra e nell'Hainaut secondo la consuetudine detta *Maisnété* all'ultimo dei figli si attribuiva un dritto di preferenza sia negl'immobili sia ne'mobili della successione (2). Anche in alcuni paesi della Germania esisteva questo privilegio a favore del figlio più giovine; ma era molto raro ed aveva

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 321.

(2) LABOULAIE, p. 358.

luogo solo qualche volta fra' i nobili e i contadini e appena tra' principi (1).

In Corbia il più giovine de' figli ereditava egli solo la casa paterna; nella contea di Kent prendeva la casa paterna ed inoltre uno spazio di quaranta piedi all'intorno (2). Un uso simile si riscontra presso gli antichi Celti (3) come pure fra' popoli slavi. Per esempio in Polonia al fratello più piccolo si attribuiva il possesso della cosa ereditaria che non era suscettiva di divisione: in Ungheria l'abitazione paterna spettava di dritto al figlio cadetto, a meno che non costituisse la parte più importante della successione, poichè in questo caso doveva dividersi egualmente fra tutti i figli (4). Presso i Montenegrini nella divisione dell'eredità si suole assegnare al figlio più piccolo il migliore immobile della successione e specialmente la casa paterna; egli però è in obbligo di fornire agli altri fratelli il danaro necessario per la costruzione di case particolari per essi (5).

(1) GRIMM, p. 475.

(2) MICHELET, p. 61, 63.

(3) Nelle *Leges Wallicae* II, 12 si legge: « Cum fratres hereditatem paternam inter se diviserint, frater natus minimus habebit domicilium principale cum octo jugeris et instrumento rustico et omnibus aedificiis paternis et lebetes et securi ad disseccanda ligna et cultro. » LAFERRIÈRE, *Histoire du droit franç.* T. II p. 91.

(4) MACIEIOWSKI, T. IV § 324.

(5) MACIEIOWSKI, T. IV § 320.

In alcuni paesi nella divisione dell'eredità si seguiva la regola che il primogenito, come il più saggio o quegli che doveva meglio conoscere i beni della famiglia, dovesse fare le parti, ed il più giovane avesse per l'innocenza dell'età il dritto della scelta. Questa regola, conforme ad una consuetudine invalsa nell'antichità (1), era adottata in molti paesi di Alemagna (2), e si seguiva anche in Polonia: il primo a scegliere la porzione doveva essere il fratello più giovane; dopo di lui erano chiamati gli altri progredendosi sempre dai minori ai maggiori di età (3). Il dritto canonico si uniformò pure a questi principii disponendo che, se un vescovo eretico, poi convertito, fosse ritornato nella sua diocesi e questa si trovasse già occupata da altro vescovo, in tal caso il vescovo più anziano avrebbe dovuto dividere la diocesi e l'altro avrebbe avuto il dritto di scelta (4). Nel paese di Galles e nelle consuetudini normanne si seguiva invece una regola contraria: al più giovane toccava dividere tutto il patrimonio ed al maggiore di età si

(1) S. Agostino nel Lib. 16 DE CIVITATE DEI cap. 20 *De secessione Lot et Abrahæ* così ricorda quest'uso: « Hinc fortassis effecta est inter homines pacifica consuetudo, ut quando terrenorum aliquid partiendum est, major dividat, minor eligat. » Lo attesta anche Seneca nel libro VI *declam. contr.* 3: « Lex jubet maiorem dividere, minorem eligere. »

(2) STRYKIO, Lib. X Pandect. tit. 2 § 1.

(3) MACIEIOWSKI, T. IV § 297.

(4) DECRET. lib. III tit. 29 c. 1.

lasciava il dritto di ozione, e per analogia alla donna toccava fare la divisione delle parti ed all'uomo la scelta fra esse (1). La stessa norma era adottata in alcuni paesi di Germania nelle divisioni in cui concorrevano fratelli e sorelle (2).

§ 14. In difetto de' figli e discendenti erano chiamati alla successione gli ascendenti ed i collaterali (3).

Le prime leggi barbare ammettevano generalmente gli ascendenti, come mostrano le leggi dei Visigoti (4), degli Alemanni (5), la legge salica (6), la ripuaria (7) e quella de' Turingii (8); e le tre ultime, sebbene escludessero la madre come donna dalla successione dell'allodio, la chiamavano però a succedere agli altri beni del figlio

(1) GRIMM p. 480. The wife claims the right of dividing and the husband of choosing.

(2) STRYKIO, Lib. X Pandect. tit. 2 § 4.

(3) Nell'antico dritto tedesco i parenti collaterali della linea maschile si denominavano parenti di spada o di lancia, *schwertmagen*; quelli della linea femminile dicevansi parenti di fuso o di conocchia, *spillmagen*: onde quando per difetto di parenti maschi l'eredità si devolveva alle femmine dicevasi che passava dalla lancia al fuso, *tomber de lance en quenouille*, « et tunc demum hereditas ad fustum a lancea transeat. » Leg. Angl. et Werin. tit. 6 § 8 — GRIMM p. 470.

(4) Lib. IV, tit. II § 2.

(5) Tit. 92.

(6) Tit. 62, 1.

(7) Tit. 56, 1.

(8) EINECCIO, Elem. jur. germ. lib. II § 247.



in concorso col padre. Le leggi longobarde chiamavano il figlio alla successione della madre, ma questa, essendo cognata e non agnata, non succedeva al figlio (1).

In appresso i principii della legislazione feudale introdussero l'esclusione degli ascendenti dalla successione de' figli. Per fermo era nel sistema de' feudi che questi non potessero devolversi agli ascendenti, sia perchè l'esigenze del servizio militare richiedevano che gli eredi cui si affidava tale servizio fossero giovani e robusti, sia perchè la successione feudale non era fondata sulla prossimità del sangue, ma sull'investitura tacita o espressa del signore; onde il libro degli usi feudali consacra la massima: « Successionis feudi talis est natura, quod adscendentes non succedunt, verbi gratia pater filio (2). » Questa esclusione degli ascendenti passò poi dalla legislazione de' feudi alla legislazione comune per la successione de' beni proprii o ereditarii in tutti i paesi di Europa dove predominò il regime feudale; e in alcuni, come nella Francia, questo principio espresso per la massima: *propres ne remontent*, era così rigoroso, che gli ascendenti erano nella successione de' discendenti esclusi dal fisco (3).

In progresso di tempo col decadimento delle istituzioni feudali gli statuti modificarono più o

(1) EINECCIO, lib. II § 248.

(2) Lib. II tit. 50.

(3) LAURIERE sur Loisel, lib. II tit. V. § 16.

meno tale principio, e l'esclusione degli ascendenti non fu più una regola assoluta e generale. Nondimeno in alcuni paesi si mantenne per molto tempo, come in Inghilterra, dove solo da pochi anni gli ascendenti furono ammessi alla successione dei beni reali o immobili, essendone per lo innanzi totalmente esclusi. Erano però chiamati alla successione de' beni personali o mobili; il padre era preferito a tutti i collaterali, la madre concorrevva insieme co' fratelli e le sorelle del defunto dividendo con essi la successione in parti eguali (1).

Del resto, anche indipendentemente dai principii feudali, gli ascendenti si veggono in alcune legislazioni o espressamente esclusi o preteriti, come nelle leggi de' Borgognoni (2), in alcuni paesi di Germania, in Austria (3), in Polonia (4); imperocchè la loro chiamata alla successione si reputava odiosa come quella che invertiva l'ordine della natura; onde in Germania era proverbio comune: *es stirbet kein Gut zurück, sondern vorwärts*, i beni non ritornano, ma vanno innanzi (5).

§ 15. L'ordine secondo cui i discendenti, gli ascendenti e i collaterali erano rispettivamente

(1) BLACKSTONE, T. III p. 24, 585. LAVA, Droit anglais T. 1 p. 353.

(2) « Si forte defunctus nec filiam reliquerit, ad sorores vel propinquos parentes hereditas transeat. » Lex Burg. tit. 14 c. 2.

(3) EINECCIO, Lib. II § 284.

(4) MACIEIOWSKI, T. 11 § 247 p. 262.

(5) GRIMM, p. 477.

chiamati a succedere era conforme al sistema usato dai popoli della razza germanica pel computo della prossimità della cognazione, il quale come vedemmo differiva grandemente da quello stabilito dal dritto romano (1). Mentre per la legislazione di Giustiniانو il fondamento della successione era la prossimità dell'erede col defunto; per le leggi germaniche era invece la parentela (*parentilla, generatio, sibbe, sippe, souche, lignage*) o in altri termini la prossimità dell'erede con lo stipite comune a lui e al defunto. Ogni parentela era formata dalla riunione o serie di tutti gl'individui aventi un autore comune. La prima parentela chiamata alla successione era quella che discendeva dal defunto, o in altri termini che aveva il defunto per autore comune o immediato; perciò i figli presso i Germani come presso tutti i popoli erano chiamati in primo luogo. La seconda parentela comprendeva tutti quelli che discendevano col defunto dall'autore più prossimo, cioè il padre e la madre del defunto, i suoi fratelli e sorelle e i discendenti di costoro. In difetto di questi parenti veniva la terza parentela, che comprendeva l'avo e l'ava del defunto e tutti i loro discendenti; e così si proseguiva risalendo sempre la scala dello stipite comune (2). Secondo questo sistema il nipote ossia

(1) Vedi sopra Capo IV § 5.

(2) KOENIGSWARTER, Les origines germaniques du droit civ. franç., nella *Revue de legisl. et de jurispr.* T. XIX p. 338, 339.

il figlio del fratello del defunto era chiamato a succedere prima dello zio del defunto stesso; dap- poichè il nipote si trovava nella parentela ossia nella linea del padre, laddove lo zio si trovava fuori la parentela del padre, cioè nella linea dell'avo (1).

In ciascuna parentela l'erede più prossimo all'autore comune escludeva gli altri membri della parentela: *proximus gradus in possessione* dice Tacito. Così nella prima parentela i figli del defunto escludevano i nipoti nati dai figli premorti; questi non prendevano il posto de' loro genitori e non potevano succedere all'avo che in difetto dei figli di costui, mentre ciascun grado escludeva l'altro. Nella seconda parentela il padre e la madre del defunto escludevano i fratelli e le sorelle di costui, perchè questi ultimi non erano che nel secondo grado della parentela, mentre i genitori erano nel primo. Così in fatti trovasi stabilito nelle leggi de' Visigoti (2), degli Alemanni (3), nelle leggi Salica (4) e Ripuaria (5), nel *Sachsenspiegel* (6) e nelle leggi di Toro in Ispagna (7). Questo prin-

(1) LABOULAIE, p. 108.

(2) Lib. IV tit. 1, 1, 2 3.

(3) Tit. 92.

(4) Tit. 62.

(5) Tit. 61.

(6) GRIMM, p. 477.

(7) « El hermano para hereder ab intestato a su hermano non puede incurrer con los padres o ascendientes del defunto. » Ved. LABOULAIE p. 425.

cipio non era però seguito costantemente; poichè talora erano al padre e alla madre preferiti il fratello e la sorella del defunto, e talvolta anche i collaterali più lontani, come in alcuni statuti di Alemagna: il che avea luogo specialmente per la successione degl'immobili ereditarii o proprii (1). Per l'opposto secondo le leggi di Seelandia il padre e la madre e i fratelli e le sorelle del defunto erano congiuntamente chiamati all'eredità senza alcuna preferenza degli uni sugli altri (2). Le leggi di Boemia e di Lituania e generalmente le leggi slave ammisero poi per principio generale la preferenza dei collaterali in concorso degli ascendenti, di maniera che questi non succedevano che in difetto di discendenti e di fratelli e sorelle del defunto (3).

Quest'ordine di parentela era quello seguito generalmente presso gli Scandinavi come nelle prime leggi scritte de' diversi popoli germanici, e non ostante l'influenza del dritto romano, si mantenne per molto tempo in varie consuetudini delle nazioni romano-germaniche, specialmente nell'Alemagna, nella Svizzera, ne' Paesi Bassi e in Francia (4), ed è tuttavia in vigore nel Codice civile Austriaco (5). Anche in Inghilterra lo stesso siste-

(1) GRIMM, p. 477.

(2) GRIMM, p. 477.

(3) MACIEIOWSKI, T. II p. 269. T. IV § 319.

(4) KOENIGSWARTER, op. cit. p. 340.

(5) § 730, 731.



ma di computazione è seguito tuttora per la successione ai beni reali, per modo che i fratelli sono nel primo grado, i nipoti nel secondo e i cugini nel terzo. Nelle successioni ai beni personali si è usata invece sempre la computazione romana (1).

§ 16. Il più prossimo parente escludendo il più remoto, era ignota e contraria allo spirito del dritto germanico la finzione del dritto di rappresentazione, così nella linea retta come nella collaterale. In fatti essa non s' introdusse nelle legislazioni che a grandi stenti e dopo una lotta lunga ed ostinata. Così il dritto di rappresentazione era ignoto alla legge Salica ed a quella Ripuaria, come del pari alle altre leggi barbare de' primi tempi, essendosi solo posteriormente introdotto nelle leggi de' Visigoti e de' Longobardi, però a favore de' soli discendenti e non nella linea collaterale (2). In Francia fu ammesso la prima volta da un capitulare di Childeberto dell'anno 595, il quale chiamò i nipoti da figlio o da figlia a succedere al loro avo in concorso degli zii; ma le diverse formole mostrano che questo capitulare non era punto osservato (3): in fatti la maggior parte delle con-

(1) BLACKSTONE, T. III p. 46. DE S. JOSEPH, T. II p. 244 n. 431.

(2) GRIMM p. 471. Leg. Wis. IV, 5 § 4. Leg. Lang. II, 14 § 18.

(3) Gli avi disponevano di una parte dei loro beni a favore dei nipoti, sapendo che questi secondo la legge non potevano succedere. l'orm. Marcul. II, 10. «Ego vero pensans consanguinitatis causa,

suetudini non ammetteva il dritto di rappresentazione, ed ai tempi di Carlo VI la consuetudine di Parigi lo rifiutava così in linea retta come in linea collaterale, meno nel caso che si fosse stipulato nelle convenzioni matrimoniali (1).

In Alemagna il dritto di rappresentazione a favore de' nipoti da figlio, che concorrevano all'eredità co' figli del defunto, formava materia di grave disputa sino nell'anno 941, quando da re Ottone tale questione fu fatta decidere per mezzo di un duello giudiziario (2). Trionfò la causa de' nipoti; ma la resistenza contro il sistema della rappresentazione durò ancora molti secoli: così in Assia i nipoti da figlio non furono ammessi al beneficio della rappresentazione che nel 1337 (3), nella Gheldria nel 1560 (4), in Zurigo nel 1587, nel paese di Hadeln nel 1604, nel Lauenbourg nel 1703 e in Lubeca nel 1758 (5). Parimente con molte difficoltà e tardi potè il dritto di rappresentazione introdursi nei Paesi Bassi (6), come pure in Inghilterra. Ai tempi di Glanville l' ammissione de' nipoti da fi-

*dum et per legem cum ceteris filiis meis, avunculis vestris in a lode meo succedere minime potueratis, etc.* Form. Sirmond. 22. Vedi CANGIANI, T. II p. 228, T. III p. 442.

(1) LAURIERE SUR LOISEL, Lib. II tit. V § 5.

(2) GRIMM, p. 471.

(3) GRIMM, p. 472.

(4) EINECCIO, Lib. II §. 280.

(5) KOENIGSWARTER, op. cit. p. 342.

(6) Id. p. 343.

glio in concorso co'figli e fratelli del defunto era ancora soggetta a controversia, e specialmente per la successione al trono sorgevano frequenti contese tra i fratelli cadetti del defunto e i figli di quest'ultimo; nè il dritto di rappresentazione fu ammesso come principio fisso e generale se non verso i tempi di Enrico III (1).

Generalmente il dritto di rappresentazione, dopo che fu ricevuto nelle legislazioni, era ammesso in linea retta all'infinito, e nella linea collaterale era ordinariamente limitato ai soli figli di fratello e sorella come stabiliva la Novella 118. In alcuni paesi però era ammesso all'infinito anche nella linea collaterale, come in Francia secondo le consuetudini di Brettagna e di Borgogna (2), e nella legislazione della Polonia (3).

§ 17. Le più antiche leggi germaniche e scandinave non offrono traccia della preferenza che il dritto romano attribuiva ai fratelli e alle sorelle germane sopra i fratelli e le sorelle consanguinee o uterine; ma in appresso, sia per l'influenza del dritto romano, sia anche più per lo spirito della conservazione dei beni nelle rispettive famiglie, questo privilegio del doppio vincolo venne ammesso in parecchie legislazioni, come nel dritto

(1) BLACKSTONE, T. III p. 38.

(2) MERLIN, Repert. v. *Rappresentazione*, sez. II § IV.

(3) WOŁOWSKI, Coup d'oeil sur la législ. polon., nella *Revue de leg. etc.* T. VIII p. 86.

sassone e in altri statuti di Alemagna (1), in varie consuetudini francesi (2), non che nel dritto scandinavo secondo le leggi di Norvegia e quelle della Svezia. Queste ultime attribuivano ai germani tre quarti de' beni della successione ed agli unilaterali solo un quarto (3).

In Inghilterra poi questa preferenza del doppio vincolo costituiva la regola fondamentale nelle successioni collaterali a' beni immobili, giusta la massima che per poter succedere in linea collaterale l'erede dev'essere il più prossimo parente dell'intero sangue (*whole blood*) del defunto, cioè discendere dalla stessa coppia degli antenati di costui. Secondo questa massima quelli che non discendevano dalla stessa coppia di antenati, e che perciò si dicono avere metà del sangue (*half blood*), erano totalmente esclusi dalla successione; onde i fratelli unilaterali, consanguinei o uterini, non si succedevano tra loro, e ad essi si preferivano i parenti dell'intero sangue per quanto fossero rimoti, e in difetto di parenti i beni per dritto di caducità si devolvevano al signore (4). Attualmente però questo rigore è stato modificato. I parenti consanguinei sono ammessi a succedere dopo i parenti germani e

(1) La massima seguita in proposito diceva: « Die halbe geburt tritt einen gradweiter »; chi è nato da un solo è di un grado più lontano. EINECCIO, Lib. II §. 260.

(2) KOENIGSWARTER, op. cit. p. 343.

(3) LAFERRIÈRE, T. VI p. 465, 466.

(4) BLACKSTONE, T. III p. 51.

i discendenti di costoro ; i parenti úterini sono pure chiamati alla successione dopo la madre comune , sempre che l'eredità per difetto di eredi della linea paterna sia devoluta alla linea materna. (1). Il privilegio del doppio vincolo non ha luogo nella successione ai beni personali : i fratelli e le sorelle, consanguinee o uterine, sono state sempre ammesse a succedere egualmente che i fratelli e le sorelle germane, in preferenza dei parenti germani di grado più lontano (2).

§ 18. Le leggi barbare e quelle del medio evo, a differenza del dritto romano, ammettevano in generale il coniuge superstite alla successione del coniuge defunto insieme agli altri parenti ed agli stessi figli di costui, assegnandogli ordinariamente una determinata porzione di beni, maggiore o minore , secondo il numero e la qualità degli altri eredi (3). La legge stessa de' Visigoti, la quale riprodusse l'editto *Unde vir et uxor*, chiamando il coniuge superstite a succedere solo in difetto di tutti i parenti sino al settimo grado, assegnava, nell'esistenza di figli, al coniuge vivente una porzione de' beni acquistati dall' altro, proporzionata alle rispettive sostanze recate da ciascun coniuge nel matrimonio (4). Tuttavia è da notare che

(1) WESTOBY, *Resumé de la législ. anglaise* p. 77.

(2) BLACKSTONE, T. III p. 562.

(3) EINECCIO, Lib. II § 262.

(4) Leg. Wisig. Lib. IV tit. 2 § 11 e 16.



le leggi barbare, mentre per lo più assegnano una porzione di beni a favore della vedova, come sopra abbiain veduto (1), non fanno menzione di simile disposizione a favore del marito sull'eredità della moglie defunta. Probabilmente esse consideravano come più necessario assicurare la sorte della moglie, la quale perdendo il marito rimaneva priva di appoggio e di protezione, che la sorte del marito, il quale con la morte della moglie perdeva bensì la compagna della vita, ma rimaneva sotto gli altri rapporti nelle stesse condizioni in cui era durante il matrimonio. Per l'opposto secondo il dritto longobardo la moglie non succedeva mai al marito; invece questi in difetto di figli raccoglieva l'eredità della moglie defunta come mundualdo della stessa (2). Secondo la legge degli Alemanni il marito pur succedeva alla moglie se costei fosse morta durante il parto; ma bisognava che il figlio da essa dato alla luce fosse, anche per poco, sopravvissuto a sua madre (3).

Introdottosi poi il sistema della comunione dei beni tra coniugi, ne venne come conseguenza un dritto di successione reciproca fra marito e moglie in tutte le legislazioni che ammettevano il regime della comunione, mentre per la morte di un coniuge, rimanendo sciolta la comunione, l'altro

(1) Vedi Capo VIII § 8.

(2) Leg. Lang. Lib. II tit. 14 § 29. Leg. Henr. l. c. 1.

(3) Lex Alaman. tit. 52.

superstite era chiamato a dividere co' figli i beni che ne facevano parte (1).

Secondo la legislazione inglese il marito diviene erede, anzi proprietario, sin dal giorno del matrimonio, di tutti i beni personali o mobili della moglie, e secondo il dritto *de curtesy* succede all'usufrutto de' beni reali se dal matrimonio sieno nati figli. La moglie alla morte del marito succede alla proprietà del terzo o della metà de' beni personali di lui secondo che il marito lascia figli ovvero no (2).

Gli statuti di Alemagna offrono gran varietà intorno alla successione de' coniugi: in alcuni paesi, come in Sassonia, il marito succedeva a tutti i beni mobili della moglie; in altri, come nel Brunswick, il coniuge superstite in difetto de' figli raccoglieva tutta l'eredità dell'altro coniuge (3).

Nella Spagna si seguiva il dritto romano, e conformemente alla Novella 117 alla vedova povera si attribuiva anche in concorso de' figli una quarta parte de' beni del marito (*cuarta marital*), la quale però non poteva mai oltrepassare cento lire d'oro (4).

Le leggi de' popoli slavi, le quali accordavano sempre alla vedova superstite l'usufrutto o una

(1) EINECCIO, Lib. II § 262, 265.

(2) BLACKSTONE, T. II p. 417. WESTOBY p. 78.

(3) EINECCIO, Lib. II § 290.

(4) REVUE FOELIX, Tom. IV p. 829, 830.

porzione dell' usufrutto de' beni del defunto marito (1), la chiamavano qualche volta a succedere anche in una porzione della proprietà; ma in generale esse non fanno menzione del dritto di successione a favore del marito su' beni della moglie superstite. Per eccezione la *Prawda ruska* e lo statuto di Lituania chiamavano il marito e la moglie a succedersi l'uno all'altro nei beni mobili, sebbene in parti disuguali. Inoltre nella Lituania i coniugi, che si erano uniti in matrimonio senza possedere beni, succedevansi reciprocamente a tutti i beni acquistati se non rimanevano figli, e ad una porzione non inferiore al terzo nell'esistenza di prole. Nel Montenegro poi il marito è l'erede della moglie che muoia senza testamento (2).

Nelle legislazioni moderne il Codice Napoleone è il solo che esclude totalmente il coniuge superstite dalla successione dell' altro coniuge sino a che esistano parenti del defunto, benchè di grado remotissimo, rendendo a tal modo il marito e la moglie affatto stranieri alle rispettive famiglie. Tutte le altre legislazioni, coerentemente alle leggi del medio evo, chiamano il coniuge superstite alla successione dell' altro in concorso dei parenti di costui, attribuendogli una porzione di beni in proprietà o in usufrutto, la quale è più o meno im-

(1) Vedi sopra Capo VIII § 8.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 322, 323.

portante secondo la minore o maggiore prossimità degli altri eredi (1).

§ 19. La costituzione della famiglia presso i Germani obbligava tutti i membri di essa a concorrere alla difesa e alla vendetta comune: ciò tendeva ad estendere anzichè a restringere il numero e i vincoli de'parenti fra loro (2); onde era contrario allo spirito delle istituzioni germaniche il frapporre limiti alla successibilità dei parenti (3).

In appresso però le leggi barbare, per l'influenza del dritto canonico che aveva determinato fino a qual grado di parentela fossero permessi i matrimonii, stabilirono varie limitazioni alla successibilità dei parenti, applicandò ai rapporti patrimoniali della famiglia le regole stabilite dalla chiesa intorno agl'impedimenti per causa di parentela; e come la chiesa sul proposito variò dal quarto al settimo grado, così nelle leggi barbare si osservava la stessa varietà nel rapporto della capacità di succedere per ragion di parentela col defunto (4). Così le leggi de'Ripuarii e de'Turingii limitavano la parentela sino al quinto grado o generazione (5);

(1) DE S. JOSEPH, T. I, *Introduct.* p. LVII.

(2) TACITO, *De morib. Germ.* c. XX. « Quanto plus propinquorum, quo maior adfinium numerus, tanto gratiosior senectus; nec ulla orbitatis pretia. »

(3) GRIMM, p. 478.

(4) KOENIGSWARTER, *op. cit.* p. 348.

(5) *Lex Ripuar.* T. 56 § 3, usque ad quintum genuculum.

*Lex Angl. et Werin.* T. 6 § 8, usque ad quintam generationem.

la legge Salica la estendeva sino al sesto; quelle de' Longobardi, de' Visigoti e de' Bavari fino al settimo (1).

V' erano però delle leggi che non fissarono alcun limite al numero de' parenti, come quelle dei Sassoni e degli Anglosassoni, lo Specchio di Svevia, le consuetudini svizzere ed alcune consuetudini francesi, le quali ritenevano per massima che i parenti succedessero gli uni agli altri fino a che si potesse dimostrare il lignaggio comune (2). Era ciò conforme ai costumi della razza celtica, presso la quale i vincoli della parentela erano indefiniti, e non avevano altri limiti che quelli del numero delle famiglie che attraverso i secoli rimontavano ad un autore comune (3). Anche il dritto inglese, senza stabilire alcun limite, ammise i parenti a succedere sino a quando non fosse dimostrata l'estinzione del sangue del comune progenitore (4). La maggior parte delle consuetudini francesi stabilì per limite della cognazione la sesta parentela, e questo stesso limite fu adottato dal Codice Napoleone con l'art. 755 che estende i dritti di successione sino al duodecimo grado: imperocchè la differenza è più apparente che reale, mentre il

(1) Lex Sal. T. 47 § 3. Leg. Roth. 153. Lex Baiuv. T. 14 s. 9 § 4. Leg. Wisig. Lib. 4 tit. 1.

(2) KOENIGSWARTER, op. cit. 348.

(3) LAFERRIÈRE, T. II p. 76.

(4) BLACKSTONE, T. III p. 83.



duodecimo grado della computazione romana adottata dal Codice, corrisponde al sesto grado della computazione canonica o germanica seguita dalla chiesa (1).

Presso gli Slavi i limiti della parentela rispetto al dritto di successione erano più ristretti che nelle leggi de' popoli germanici. Generalmente non si estendevano oltre il quarto grado secondo il computo civile: così il dritto della Serbia indica i parenti di grado più lontano come stranieri alla famiglia e gli esclude interamente dalla successione. Le leggi degli altri paesi, come quelle di Boemia, di Polonia, di Russia, distinguono i parenti ammessi al dritto di successione in prossimi o vicini ed in lontani o amici. I primi erano i figli del defunto (*swoi, sui*); gli altri comprendevano i congiunti fino al quarto grado, che erano uniti al defunto così pel dritto di successione, come per l'obbligo della vendetta del sangue (2). Attualmente però nei paesi slavi i dritti di successibilità si estendono anche ai parenti di grado più remoto, ed anzi nella Russia non si riconosce alcuna limitazione di gradi (3).

§ 20. In difetto di parenti in grado successibile e di disposizione testamentaria del defunto l'eredità era devoluta allo Stato (*fiscus, curtis regia*).

(1) KOENIGSWARTER, op. cit. 350.

(2) MACIEIOWSKI, T. II § 200 a 205. T. IV § 274.

(3) DE S. JOSEPH, T. III p. 354 n. 330.

Ma è da notare che in alcuni casi il fisco prendeva l'eredità anche nell'esistenza e ad esclusione de' parenti successibili, ovvero la divideva con essi (1). Così secondo le leggi longobarde con la figlia concorrevano alla successione anche i prossimi parenti, ma in difetto di questi la figlia doveva dividere l'eredità col fisco (2). Dai servi manomessi (*denariatus homo*) ereditavano poi solo i figli, mentre i parenti più lontani erano esclusi dal fisco (3). Inoltre il fisco soleva raccogliere la successione di tutte le persone che morivano celibi (*solivagi, singulares*), e particolarmente quella delle persone scapole, vecchie o giovani, appartenenti alle classi inferiori della società, le quali non lasciavano nè padre, nè prossimi parenti (4). Ciò aveva luogo non solo nella Germania, ma anche più ne' paesi slavi. Così in Polonia e in Boemia ne' primi tempi la successione delle persone non coniugate era devoluta esclusivamente allo Stato. In Russia, e forse anche presso gli Slavi dell'Elba, il sovrano prendeva una porzione dei beni delle persone non nobili le quali non lasciavano che sole figlie, e nella Serbia era allo Czar devoluta una simile porzione di beni anche nell'esistenza di figli del defunto (5).

(1) GRIMM, p. 484.

(2) ROTH. § 158, 159, 160, 163.

(3) Lex Ripuar. Tit. 57 § 4, Tit. 61 § 1.

(4) GRIMM, p. 484, 485.

(5) MACIEIOWSKI, T. II p. 269.

Con l'eredità del fisco aveva relazione il dritto del *mortuarium*, *bestehaupt* (*optimum caput*), per lo quale al signore feudale e alla chiesa era riservato il miglior capo degli animali che si trovasse nell'eredità delle persone appartenenti alla signoria o alla parrocchia. In forza di questo dritto gli eredi dovevano cedere il miglior cavallo, e se non si trovassero cavalli, il miglior buco che avesse il defunto, e in mancanza di animali la migliore delle suppellettili che fosse nell'eredità (1). La chiesa soleva esigere questa prestazione a titolo di compenso o transazione delle decime (2).

§ 21. Uno dei caratteri per lo quale le leggi successorie del medio evo più si distinguevano dalle leggi successorie di Roma era la distinzione de' beni. I Romani, seguendo più una finzione giuridica che la natura delle cose, ritenevano l'erede come il continuatore della stessa persona del defunto, e perciò consideravano l'eredità come una unità indivisibile, la quale doveva comprendere

(1) GRIMM, p. 305. « De viro censuali optimum jumentum, si habet, sin autem, melius vestimentum ejus ecclesia habebit, femina pretiosius dabit vestimentum . . . qui in huba mortuus fuerit, optimum jumentum cum vestitu superiori ecclesia habebit, et filius ejus heres hubae erit. » Cap. Caroli a. 812.

(2) « Si decedens parochianus tria vel plura cujuscumque generis in bonis suis habuerit animalia, optimo cui (cioè al signore) de jure fuerit debitum reservato, Ecclesiae suae pro compensatione subtractionis decimarum personalium secundum melius animal reservatur post obitum. » DUCANGE v. *Mortuarium*.

l'universalità del patrimonio come de' dritti e delle obbligazioni di costui. Laonde l'eredità era giuridicamente suscettiva di divisione solo quanto al numero degli eredi ed alla quantità de' beni, ma non rispetto alla natura e qualità de' beni stessi. I Germani per l'opposto, al pari degli altri popoli antichi, consideravano la successione più come una cosa concreta che come un'astrazione di dritto; così riguardata, essa non costituiva l'unità del patrimonio del defunto, ma comprendeva tante differenti masse di beni per quanto era differente la natura e l'origine di essi: onde distinguevansi i beni mobili dagl'immobili, quegli ereditarii e della famiglia da quegli acquisiti o personali; i beni provenienti dal padre da quelli provenienti dalla madre, quelli che servivano unicamente ai maschi da quelli che non potevano servire che alle femmine.

La distinzione più importante era quella degl'immobili e dei mobili. Tra gl'immobili si distinguevano quegli ereditarii, provenienti dagli antenati, detti beni proprii, e quegli acquisiti o personali del defunto, derivanti dalla sua industria. I primi si consideravano come patrimonio dell'intera famiglia; i secondi come proprietà particolare dell'individuo. Le antiche leggi scandinave e germaniche concordano tutte nell'ammettere tale distinzione dei beni della successione. Così le prime distinguono le terre provenienti da eredità o patrimoniali, *odal*,

*odalsgods, predium avitum*, ossia beni paterni, dalle terre acquistate per compra, *Kjöbegods*; la legge Salica parla della terra *salica*, la legge Ripuaria della *haereditas aviatia*, quella de' Borgognoni della *terra sortis titulo acquisita o adolis*; i capitolari fanno menzione della *proprietas*, del *proprium*, le formole di Marculfo della terra *alodis paterna* (1); le consuetudini francesi designano i *biens propres*, le leggi e consuetudini di Alemagna i beni ereditarii, *erbstammgütern* (2), i *fueros* spagnuoli i beni aviti, *raiz, radices* (3). Con tutte queste denominazioni s'indicavano i beni ereditati dagli avi e che costituivano il patrimonio della famiglia, in opposizione ai beni acquistati dall'individuo con la sua industria personale, per compra, donazione o altro titolo particolare, *acquisita, comparata, conquesta, acquêts, conquêts*. Le consuetudini napoletane distinguevano parimente i beni ereditarii o *antichi* dai beni acquisiti o *nuovi*; ma tale distinzione non si trova che assai di rado negli altri statuti delle città italiane. La limitazione de' rapporti, l'angusta sfera de' beni, la cura di conservarli in ciascuna città, rendevano impossibile siffatta distinzione, predominando per tutti i beni di qualunque origine il principio della loro conservazione e perpetuazione nella città e nella famiglia (4).

(1) GRIMM, p. 492.

(2) EINECCIO, Lib. 2 § 277.

(3) LABOULAIE, p. 424.

(4) GANS, op. cit. p. 122.



La stessa distinzione de' beni si ravvisa nelle leggi slave. Quelle di Ungheria, di Boemia, della Slesia, di Polonia, e in generale tutte le leggi degli Slavi latini, distinguevano i beni, specialmente gl' immobili, in ereditarii o paterni, *odziedziczone*, i quali erano riservati alla famiglia, e in acquisiti o provenienti dalla propria industria, *nabyte*, de' quali si poteva disporre liberamente: fra questi ultimi si comprendevano anche i beni donati dal re, *hereditates deservitae, empticiae* (1).

Ora i beni ereditarii, essendo a differenza degli acquisiti riguardati come il patrimonio della famiglia, non potevano trasmettersi che ai membri stessi della famiglia; e perciò dalla successione di essi precisamente si veggono nelle diverse leggi e consuetudini escluse le donne, laddove tale esclusione non era stabilita pe' beni acquisiti, i quali, come quelli che non appartenevano al patrimonio della famiglia ma bensì all'individuo, erano per lo più dalle leggi indifferentemente attribuiti così ai maschi come alle femmine.

§ 22. I beni mobili seguivano ordinariamente, quanto ai dritti di successione, la stessa condizione degl' immobili acquisiti. Anche più di questi erano per regola generale considerati come beni personali dell'individuo, e perciò erano alienabili e trasmissibili a sua volontà. Le donne, che dap-

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 247, 248, 250, 252.

per tutto erano escluse o posposte nella successione degli immobili creditarii e spesso anche degli acquisiti, erano universalmente chiamate alla successione dei beni mobili insieme con gli uomini senza alcuna preferenza di sesso.

In nessuna altra legislazione è più spiccata questa distinzione dei beni in immobili ed in mobili quanto nella inglese. Essa, mentre nella successione ai beni immobili o reali consacra nel più stretto rigore tutti i principii feudali, il dritto di primogenitura, la preferenza de' maschi, il privilegio del doppio vincolo, la distinzione delle linee, l'esclusione degli ascendenti ed altre regole di questa specie, segue poi nella successione ai beni mobili principii tutto differenti, ammettendo per base la sola prossimità del sangue ed una perfetta eguaglianza di età e di sesso.

Fra gli stessi beni mobili però le antiche leggi germaniche e quelle del medio evo distinguevano nei rapporti della successione gli oggetti che dovevano appartenere ai soli maschi, *heergewäte*, e quelli che dovevano riservarsi alle sole femmine, *gerade*, *rade*, *rhedo*, *corredo* (1). Fra i primi si comprendevano gli oggetti da guerra o da caccia, i cavalli, le armature e simili: fra i secondi le vesti, i gioielli, gli ornamenti donneschi e le cose destinate esclusivamente ad uso delle donne. Così la

(1) GRIMM, p. 566, 568.

legge dei Turingii dice: « Ad quemcumque terrae hereditas pervenit, ad illum vestis bellica, id est lorica, debet pertinere (1). » E altrove: « Mater moriens filio terram, mancipia, pecuniam dimittat; filiae vero spolia colli id est murenas, nuscas, monilia, inaures, vestes, armillas vel quidquid ornamenti proprii videbatur habuisse (2). » La legge dei Borgognoni del pari stabiliva: « Ornamenta quoque et vestimenta matrimonialia ad filias absque ullo fratrum consortio pertinebunt (3). » Nel medio evo tali principii furono generalmente seguiti così nell'Alemagna come nella Spagna (4), ne' Paesi Bassi, nella Svizzera, in Italia, nei paesi scandinavi (5) ed anche presso i popoli slavi. Le leggi di Polonia, per esempio, stabilivano che i cavalli da campo e le armi del defunto dovessero esclusivamente riservarsi ai figli senza che la vedova vi avesse alcun dritto (6). In Ungheria similmente le armi erano esclusivamente riservate al sesso maschile (7).

L'idea dominante in queste consuetudini si era

(1) Tit. VI § 5.

(2) Tit. VI § 6.

(3) Tit. LI § 3.

(4) Fuero de Fuentes: « Tot home de Fuentes que hobier fija o fijas, el caballo e las armas del padre e los pannos finquen en os fijos varones, e los pannos de la madre finquen en las fijas. » Vedi LABOULAIE p. 425.

(5) LABOULAIE p. 96. GRIMM p. 585.

(6) MACIEIOWSKI, T. IV § 286.

(7) Id. T. IV § 324.

che dall'universalità dei beni mobili dovessero separarsi gli oggetti che il defunto era stato solito di portare, di tenere o di adoperare per suo uso particolare, armi, vesti, ornamenti, masserizie di casa, oggetti della professione o del mestiere e simili, ed attribuirsi agli eredi maschi gli oggetti che erano serviti per uso esclusivo o principale dei maschi, ed alle femmine quelli che s' erano adoperati o si potevano adoperare solo dalle femmine. In questa distinzione erano compresi anche gli animali: così, se agli uomini si riservavano i cavalli, perchè da essi si cavalcavano, alle donne si lasciavano nell'eredità gli animali domestici che per lo più formavano oggetto delle loro occupazioni, come i polli, le pecore, le oche, le api (1).

Secondo alcuni usi l'*heergewäte* era attribuita al maggiore de' figli scapoli, e comprendeva gli abiti per l'uso della persona, il miglior cavallo con sella e freno, un bue, un orso, un letto con tutto ciò che vi appartiene, una falce, una sega, una cassa per conservare una spada, una caldaia ed altri simili utensili per uso domestico (2). Nelle famiglie nobili e feudali poi le insegne e le armi del defunto erano per privilegio riservate al solo figlio primogenito.

Si distingueva poi una doppia *gerade*, cioè quegli oggetti dell'eredità del marito i quali dovevano

(1) GRIMM, p. 583.

(2) GRIMM, p. 571.

appartenere esclusivamente alla vedova (*wiverade*), e gli oggetti che dovevano separarsi dall' eredità lasciata da una donna per attribuirsi esclusivamente alle figlie ed ai parenti di sesso femminile (1).

Questa successione mobiliare privilegiata, che da principio era di uso generale, divenne poi in progresso di tempo particolare alle famiglie nobili, i cui privilegi feudali ritraevano quasi sempre dagli antichi usi germanici (2).

§ 23. Al principio della conservazione dei beni nelle rispettive famiglie debbe riferirsi la regola *paterna paternis, materna maternis*, per la quale i beni dovevano trasmettersi all'erede più prossimo che si trovava nella linea da cui i beni medesimi erano pervenuti; in maniera che quelli provenienti dalla linea del padre non potevano mai trasmettersi alla linea della madre, e similmente quelli pervenuti dalla linea della madre non potevano mai devolversi alla linea paterna.

Questa regola si applicava principalmente ai beni ereditarii o proprii: essa trovasi consacrata nelle consuetudini francesi, in molti statuti di Alemagna, ne' Paesi Bassi (3), nelle consuetudini napoletane, ne' *fueros* spagnuoli (*derecho de troncalidad*) (4) e in generale nelle diverse leggi e consue-

(1) GRIMM, p. 576.

(2) LABOULAIE, p. 96, 97.

(3) KOENIGSWARTER, op. cit. p. 355, 516.

(4) DE S. JOSEPH, T. 1 *Exp. histor.* p. CIV.



tudini del medio evo. Dopo l'introduzione della feudalità venne universalmente applicata all'eredità de' feudi; mentre ai signori più che ad altri dovea importare che i feudi si conservassero nelle stesse famiglie a favore di cui avevano fatta la concessione, e non passassero ad altre famiglie che non offrivano le medesime garentie di fedeltà e di convenienza.

Nell'Inghilterra siffatta distinzione de' beni secondo le linee forma il cardine della successione collaterale, giusta il principio che, in difetto della linea dell'ultimo proprietario de' beni, questi debbono passare al sangue del primo acquirente, o ritornare all'erede che discenda dall'antenato da cui in origine i beni medesimi erano stati trasmessi (1), in guisa che colui che sarebbe stato l'erede del padre del defunto debbe pur essere l'erede del figlio (1).

Sul rapporto della distinzione de' beni secondo la linea da cui pervenivano sono pur da notare le disposizioni delle leggi della Boemia e di altri popoli slavi, per le quali alla successione de' beni lasciati dalle sorelle, specialmente dalle non maritate o dalle vedove senza prole, erano chiamati

(1) BLACKSTONE, T. III p. 45. « Nec ullus in fundum coheredis sui, qui sine liberis decesserit, succedit, nisi fundus iste ad illum descenderit ab aliquo parentum suorum qui eundem olim perpetuo jure possidebat. » (*Leges Wallicae* IV § 85, n. 13). — LAFERRIÈRE, T. II p. 94 nota.

non i fratelli, ma bensì le altre sorelle, giusta il principio che dalla sorella dovevano ereditare esclusivamente le femmine della famiglia e non i maschi (1).

§ 24. I Germani come gli altri popoli settentrionali, seguendo i principii della natura anzichè i calcoli politici e le finzioni giuridiche, non ammettevano, come i Romani, eredi necessari, nè l'obbligo degli eredi di soddisfare i debiti della successione anche al di là del valore di essa. In fatti, meno le leggi de' Franchi Ripuarii e de' Borgognoni, le quali sembra che impongano agli eredi il pagamento dei debiti del defunto anche *ultra vires* (2), tutte le altre leggi dei popoli germanici non riconobbero negli eredi che l'obbligo di pagare i debiti sino al valore de' beni che ereditavano. Secondo il dritto sassone poi l'erede non era tenuto a soddisfare i debiti del defunto che solamente co' beni mobili dell'eredità, mentre gl'immobili, come non potevano alienarsi senza il consenso degli eredi, così nemmeno potevano a loro insaputa essere affetti da debiti. Gli eredi inoltre non avevano neppure l'obbligo di rispettare tutti gli atti del defunto, per esempio, la fideiussione, la locazione e neanche la vendita, se egli fosse morto prima della tradizione della cosa (3).

(1) MACIEIOWSKI, T. IV § 297 p. 414.

(2) Lex Ripuar. tit. 67 § 1 — Lex Burg. tit. 65 § 2.

(3) EINECCIO, Lib. II § 300, 301.

Ad ognuno era libero di accettare o ripudiare l'eredità a lui deferita. Però i popoli germanici, ammettendo una specie di comproprietà dei beni fra' membri della stessa famiglia, ritenevano che l'eredità si acquistasse di pieno dritto dagli eredi per una continuazione di dominio senza bisogno di atti o di formalità esterne. Fu questo il principio generalmente seguito dalle legislazioni del medio evo così in Francia come in Alemagna (1), nella Spagna (2), nel Belgio (3), nello statuto di Milano e nella maggior parte degli statuti d'Italia (4), non meno che in altri paesi. Nel dritto germanico questo principio era espresso per la massima *der todte erbet den lebendigen* (5), il morto rende erede il vivo: il che significava che l'eredità si trasmetteva al figlio da sè stessa senza bisogno di formalità o atto di acquisto. La regola medesima si applicava per la trasmissione del possesso, come si esprime il *Vetus auctor de beneficiis*: « Pater hereditat in filium possessionem sicut et beneficium (6). »

Nel dritto francese si seguiva parimente la massima *le mort saisit le vif*, con la quale si vole-

(1) EINECCIO, Lib. II § 297.

(2) MOLINA, De Hispan. primogen. Lib. III c. 12 p. 421.

(3) GODELINUS, De jure noviss. Lib. II c. 18 p. 84.

(4) TIRAQUELLUS, Le mort saisit le vif, II Declarat. n. 3.

(5) GRIMM, p. 481, 558.

(6) Tit. 1 § 24. Vedi CANCIANI T. III p 114.

va significare che il possesso dei beni doveva ritenersi essere stato dal defunto rimesso direttamente nelle mani del suo più prossimo parente abile a succedergli e non fra le mani di altra persona. Essa fu introdotta in opposizione agli abusi de' signori feudali; imperocchè, ammettendosi che nella successione del figlio non si verificava interruzione, ma continuazione di possesso, si escludevano le pretensioni de' signori, i quali, in virtù del principio *nulle terre sans seigneur*, esigevano in ogni mutazione di proprietà per causa di successione il pagamento de' dritti di relevio (*relief*) o d' investitura (*droits de saisine*) da parte degli eredi, come se questi ricevessero dalle loro mani il possesso de' beni del defunto (1). Per lo stesso motivo il dritto inglese adottò la massima *saisina facit stipitem*, volendo con essa esprimere che il possesso dell'eredità si trasmetteva direttamente dal defunto ai suoi eredi di sangue (*stips*), senza che fosse d' uopo, com'era per l' innanzi, di un atto d' investitura del signore in segno di rinnovazione di successione (2).

Secondo questi principii, seguiti generalmente nelle legislazioni del medio evo, l'eredità non si acquistava per adizione, ma di pieno dritto o per un atto qualunque di volontà; e perciò sempre che non fosse ripudiata si reputava accettata, e quindi

(1) LAURIERE sur LOISEL, Lib. II tit. V § 1.

(2) BLACKSTONE, T. III p. 23.

si trasmetteva agli eredi del successibile (1). Il dritto inglese esagerando questo principio, per quanto concerne i beni reali, non solo non richiede alcun atto di accettazione, ma neppure ammette la facoltà di ripudiare l'eredità; il che però non nuoce all'erede; dappoichè egli non è mai tenuto a pagare i debiti *ultra vires* (2).

§ 25. Non essendo gli eredi per dritto germanico tenuti al pagamento de' debiti se non fino al valore de' beni della successione (3), seguiva ch'essi non avevano bisogno del beneficio d'inventario; e perciò nella Sassonia e in altri luoghi della Germania il beneficio d'inventario non era in uso, e se sorgeva quistione sulle sostanze dell'eredità, teneva luogo d'inventario il repertorio fatto privatamente dagli eredi e confermato dal giuramento (*eine eidliche specification*); onde alcuni giureconsulti dicevano che la confezione di un inventario era utile solo nel fine di dispensarsi dalla prestazione del giuramento (4). Però questa non era una regola generale; dappoichè in altri paesi, prevalendo i principii del dritto romano, gli eredi si ritenevano obbligati a pagar tutti i debiti del defunto, anche *ultra vires*; e perciò ad evi-

(1) EINECCIO, Lib. II § 308, 310.

(2) FRANQUEVILLE, Les Institutions de l'Angleterre p. 301.—  
DE S. JOSEPH T. II p. 246 n. 447.

(3) EINECCIO, Lib. II § 308.

(4) EINECCIO, Lib. II § 305.



tare quest'obbligo si richiedeva espressamente la confezione di un formale inventario, come, tra gli altri, disponevano gli statuti di Francforte, di Amburgo, di Worms, di Norimberga e di Pomerania (1).

In Francia il beneficio d'inventario era ammesso ne'paesi di dritto scritto rimasti fedeli al dritto romano; ma nei paesi consuetudinarii, ne'quali il dritto romano non aveva forza di legge, bisognava, per godere di un tal beneficio, ottenere un'autorizzazione del re la quale doveva essere omologata dal magistrato (2). La stessa autorizzazione era pure necessaria ne' Paesi Bassi secondo una legge degli Arciduchi Alberto ed Isabella de' 12 luglio 1611 (3).

In progresso di tempo il beneficio d'inventario, come il mezzo più equo per garentire i dritti dei creditori e quelli degli eredi, fu adottato dalla maggior parte delle legislazioni, ed ora trovasi ammesso dappertutto ne' moderni codici di Europa (4).

(1) STRYKIO, Lib. XXVIII Pandect. tit. VIII § 2.

(2) POTHIER, Delle successioni, cap. 3 sez. 3 § 3.

(3) MERLIN, Repert. v. *Beneficio d'inventario* § 7.

(4) DE S. JOSEPH, T. I Introd. p LVII.

## CAPO XIII

### Disposizioni de' beni per testamento e donazione.

#### SEZIONE 1.<sup>a</sup>

*Principii generali. Legislazioni orientali e greche.*

§ 1. La facoltà di disporre de' proprii beni nel tempo in cui l' uomo cessa di vivere si appalesa nella storia dell' umanità piuttosto come un fatto eccezionale ed una concessione che come l'esercizio di un dritto proprio e naturale dell'uomo. In vero, mentre in tutte le legislazioni si trova sin da' tempi più antichi ammessa la donazione tra vivi, la facoltà di testare o non è stata mai pienamente riconosciuta o non si è introdotta che assai tardi e dopo le trasformazioni prodotte dal tempo e dalla civiltà nell' ordinamento della società, della proprietà e della famiglia. La disposizione dei beni per testamento importa in fatti la possibilità di violare per la volontà dell' uomo l'ordine di successione stabilito dalla legge. Ora le leggi, che regolano la successione nell'inizio delle società civili, non sono suscettive di alterazione per l'arbitrio individuale; poichè si riannodano ai principii

costitutivi e fondamentali dello Stato, ossia agli ordinamenti sulla ripartizione delle terre, i quali sono le prime basi che segnano l'origine delle nazioni, cioè il passaggio dallo stato di popoli nomadi e cacciatori, viventi nella comunione de' beni, allo stato di popoli agricoltori, stabiliti sopra un determinato suolo. Così i primi legislatori e fondatori di nazioni, Mosè, Giosuè, Licurgo, Romolo, Numa e i diversi conquistatori cominciarono a fondare i loro Stati facendo ai loro popoli e fedeli la ripartizione delle terre da essi occupate o conquistate.

Queste terre non erano assegnate in massa a tutta la popolazione, nè particolarmente a ciascun individuo; ma erano ripartite tra le famiglie e le tribù per rimanere proprietà collettiva di ciascuna famiglia o tribù. Ora, poichè le prime leggi sulle successioni legittime erano dirette a mantenere e perpetuare questa primitiva ripartizione delle terre, ne seguiva che il capo di famiglia, lungi dall'essere il padrone e il libero disponente delle terre su cui viveva, non ne era che il depositario e l'amministratore nell'interesse dei membri della famiglia, comproprietarii delle terre stesse. Perciò egli non aveva la facoltà di testare; dappoichè, se per effetto della volontà dell'uomo i beni avessero potuto passare da una famiglia in un'altra, cui non erano dalla legge assegnati, si sarebbe necessariamente distrutta la

primitiva ripartizione territoriale, e con essa l'equilibrio e la costituzione non solo delle diverse famiglie, ma anche dello Stato; il quale non era che l'aggregato delle diverse frazioni politiche, costituite da ciascuna famiglia. Per conseguenza la facoltà di disporre de' beni che si lasciano dopo la morte, allorchè incominciò ad introdursi nei costumi e nelle leggi, non si manifestò sotto la forma di testamento, ma bensì sotto forma di donazioni o di alienazioni o di altri atti, pe' quali le disposizioni che si facevano dal capo di famiglia non potevano, neppure in apparenza, esser considerate come una violazione dell'ordine di successione stabilito dalla legge. Così in Atene la primitiva forma di testamento era quella dell'adozione dell'erede istituito; e in Roma il testamento *calatis comitiis* non era, sia per la sostanza sia per la forma, che una legge pubblica per la quale l'assemblea del popolo sanzionava le disposizioni del testatore.

Inoltre il concetto del testamento, qual è riconosciuto nei tempi moderni, cioè l'attribuzione che l'uomo fa de' suoi beni ad un terzo per effetto della sola manifestazione della sua volontà senza alcun fatto o intervento diretto dell'erede istituito, è per sè stesso troppo spirituale ed elevato per poter penetrare nelle legislazioni e nelle abitudini de' popoli primitivi o ancora incolti. I quali, dominati dal materialismo delle forme e da

idee grossolane, come non considerano perfetta la vendita di una cosa senza la materiale tradizione della cosa venduta nelle mani del compratore, così neppure sanno concepire che la semplice volontà dell'uomo, massime quando per essa s'inverte un ordine di cose stabilito dalla legge o da' costumi, possa attribuire ad alcuno la proprietà de' beni di un altro, senza che colui, al quale i beni medesimi sono attribuiti, non ne prenda con atti materiali o simbolici il possesso effettivo dalle stesse mani del disponente. Ond'è che varii atti di trasmissione di beni, reputati testamenti, come il testamento *calatis comitiis*, quello per *aes et libram*, e l'*assatomia* dei Germani, non erano in sostanza che donazioni tra vivi; poichè avean luogo con l'intervento diretto dell'erede istituito, il quale figurava nell'atto come una delle parti contraenti, che accettava la disposizione che dall'altra si faceva a suo favore. Ciò spiega perchè, nelle società non ancora progredite, si ha facoltà di disporre dei proprii beni in pregiudizio degli eredi mercè donazione tra vivi o contratti, nel tempo medesimo in cui, nell'interesse degli eredi stessi, è vietata o ignota la facoltà di disporne per testamento.

D'altra parte se la mente umana può ritenere poco conforme alla natura delle cose che i beni, che il defunto ha abbandonato soltanto con la morte, debbano poi passare non ai figli ed ai parenti di lui, ma bensì ad estranei che niun vincolo di san-



gue aveano con esso, non può la stessa ripugnanza provarsi quando alcuno si spoglia a favore di altri immediatamente dei proprii beni mentre è ancora in vita, e continua poi a vivere senza più possederli. Imperocchè in tale atto si appalesa piuttosto l'esercizio di una generosità, di un attributo del dritto di proprietà, che un torto fatto agli eredi del donatore, i quali non potrebbero dolersi di non aver ricevuto alla morte di lui quei beni che egli stesso non più possedeva mentre era in vita, e che prima della sua morte erano già passati nel patrimonio di altri. Inoltre le donazioni tra vivi destano minore preoccupazione de' testamenti; dappoichè sembrano fatte con mente più ponderata e tranquilla, come quelle che partono da chi spera di continuare a vivere, e non da chi è dominato dal pensiero della morte e del distacco delle cose terrene.

Tuttavia il sentimento della conservazione dei beni nelle famiglie è stato così forte, che, anche colà dove si è riconosciuto il dritto di alienare o donare i beni per atto tra vivi, questo dritto non fu da principio ammesso che subordinandosi alla volontà degli eredi legittimi. Era necessario che qualunque alienazione o donazione da parte del capo o di un membro della famiglia fosse accompagnata dal consenso de' parenti e degli eredi. Poscia, rallentandosi i vincoli di famiglia, venne a poco a poco a cessare questo intervento necessario

de' parenti nelle alienazioni de' beni, ma non fu meno riconosciuto e garentito il loro dritto al possesso delle terre della famiglia. Le leggi accordarono agli eredi del disponente il dritto di riscattare dalle mani degli estranei e di far rientrare nella famiglia le terre che per le alienazioni erano uscite dal patrimonio della stessa, ricordando così a ciascun membro della famiglia che la facoltà di disporre a lui concessa non era assoluta, ma limitata e subordinata ai dritti e all'interesse dei suoi parenti.

La volontà dell' uomo non ha potuto, mercè la facoltà di testare, liberamente sostituirsi alla legge nell' ordine delle successioni, che solo nelle società già progredite, quando cioè, venendo meno le diverse distinzioni e ineguaglianze sociali, le famiglie si sciolgono dai vincoli che le confondono con lo Stato e le attaccano alla proprietà del suolo, e non divengono che semplici associazioni domestiche formate dai rapporti di natura e di sangue, per modo che tutte fra loro si rassomigliano ne' rapporti giuridici con la società. In tale condizione di civiltà la confusione dei patrimoni tra l'una e l'altra famiglia non può alterare l'equilibrio degli ordini sociali, e perciò la proprietà nelle mani dell'individuo, cessando di essere collettiva, acquista un carattere più libero e diviene individuale, allo stesso modo che l'uomo, cessando di essere membro di una gente o di una casta, non

diviene che cittadino. Per conseguenza i dritti dei figli al possesso de' beni paterni sono in tale stato sociale riconosciuti e garentiti dalle leggi, non per motivi di ordine politico e per l'interesse della conservazione de' beni nelle rispettive famiglie, ma unicamente per ragioni di giustizia e di equità suggerite da sentimenti di natura e di affezione domestica, i quali comandano a' genitori di riservare al sostentamento futuro de' loro figli una parte almeno della propria fortuna. Così al principio della conservazione de' beni nelle famiglie, che vietava la facoltà di testare, si sostituisce il principio del rispetto ai vincoli di sangue, per lo quale il dritto di disporre non si ammette che solo per una parte determinata de' beni, mentre un'altra parte di essi si dichiara inalienabile ed intangibile, come quella che a titolo di porzione legittima debbe necessariamente appartenere ed essere riservata ai figli.

Tale è lo sviluppo storico della facoltà di disporre de' beni ne' suoi rapporti con la famiglia, per quanto specialmente concerne i beni territoriali. Rispetto poi a' beni mobili, le cui trasmissioni e mutazioni non possono interessare direttamente la costituzione dello Stato e della famiglia come avviene per quelle della terra, essi si sono in generale riguardati come beni personali dell'individuo, e perciò rispetto ai medesimi la facoltà di disporre, sia per donazione sia per testa-

mento, o non è stata affatto impedita dalle diverse legislazioni, o è stata assai meno circoscritta e vincolata che quella dei beni immobili.

§ 2. Nell' India la proprietà dei beni immobili pervenuti dagli antenati costituisce un patrimonio intangibile dell'intera famiglia, che debbe trasmettersi nella stessa da generazione in generazione insieme all'obbligo de' sacrificii funebri. Perciò il padre nell'esistenza di figli non può senza il consenso dei medesimi disporre degl' immobili ereditarii per verun titolo gratuito, sia per atto tra vivi sia per atto a causa di morte. Gli è soltanto permesso di fare anticipatamente tra la moglie e i figli la divisione de' beni mobili o acquistati con la propria industria, de' quali solo ha facoltà di disporre, considerandosi essi come beni suoi personali (1). In mancanza di discendenti può il padre disporre de' suoi beni, ma per atto da avere effetto durante la sua vita, non per testamento, di cui non si conosce neppure il nome nella lingua sanscrita (2).

§ 3. Nella Cina la libertà di testare è riconosciuta secondo Grosier, è ignota secondo Gans (3); ad ogni modo, se essa vi è ammessa, non si riduce ad altro se non alla facoltà concessa al padre

(1) BOSCHERON-DESPORTES, *Aperçu du droit hindou*, nella *Revue histor. de droit franç. et étrang.* T. 1 p. 316.

(2) ESCHBACH, *Introd. gén. à l'étude du droit* p. 605. — WARNKÖNIG, *Juristische Encyclopädie* p. 138.

(3) LERMINIER, *Introduction génér. à l'histoire du droit* p. 116.

di fare un'anticipata divisione de'suoi beni tra i figli (1); mentre una disposizione che alterasse l'ordine di successione stabilito dalla legge, o in qualsiasi maniera pregiudicasse i dritti degli eredi legittimi, rimarrebbe priva di qualunque efficacia e come non fatta. Solamente uno statuto imperiale concede a chi non lascia figli di nominare come suo erede il parente del grado più prossimo della linea maschile (2).

Intorno agli Assirii ed ai Babilonesi mancano notizie sulle relazioni stabilite dalle leggi tra la famiglia e la proprietà dei beni. La stessa incertezza regna rispetto all'Egitto; ma ove si consideri che colà la terra era ripartita in tre parti, l'una pe' sacerdoti, l'altra pe' guerrieri e la terza pel re (3), che in tutte le istituzioni dominava il principio dell'immobilità, e che tutti i cittadini dovevano ereditariamente rimanere nelle rispettive caste e professioni, è facile arguire che con siffatti ordinamenti non poteva conciliarsi la facoltà di testare e di disporre dei proprii beni; poichè tale libertà avrebbe necessariamente distrutto l'equilibrio sociale fondato sulla conservazione dell'ineguaglianze e distinzioni tra le caste e le proprietà (4).

(1) AHRENS, Enciclopedia giuridica V. 1 p. 178.

(2) WARNKÖNIG, p. 122.

(3) DIODORO, Lib. I ser. 2 c. 11.

(4) TROPLONG, Donat. et testam. *Pref.* VI, VII. EINECCIO, Dissert. de testamentifactione jure german. § 9.



§ 4. Presso gli Ebrei, ne' tempi patriarcali, i patriarchi disponevano liberamente de' loro beni; dappoichè essi non erano solo de' capi di famiglia, ma sovrani e legislatori delle diverse società politiche costituite da ciascuna famiglia : la libertà di disporre non era che una conseguenza del loro potere patriarcale e teocratico. Così riferisce la Scrittura che Abramo, disperando di aver prole, nominò suo erede universale il figlio di un suo servo prediletto, quantunque non lontano da sè avesse Lot suo nipote, ed anche altri parenti al di là dell' Eufrate (1). Poi, dopo che ebbe Isacco da Sara ed altri figli da altre donne, attribuì solamente al primo tutto il suo retaggio ed agli altri fece de' semplici donativi di oggetti mobili (2). Parimente Giacobbe donò a Giuseppe, in più degli altri figli, una terra conquistata su gli Amorrei (3). Ma dopo il tempo di Mosè, quando la società ebraica fu costituita sopra basi diverse dal regime patriarcale, non si trova nei libri sacri alcun vestigio di disposizioni testamentarie; nè queste sarebbero state possibili con l'ordinamento della proprietà stabilito da Mosè. È noto in fatti che presso gli Ebrei la proprietà fondiaria non poteva mai alienarsi in modo assoluto: il territorio assegnato ad una tribù nella primitiva partizione delle terre

(1) Genesi XV, 2, 3.

(2) Genesi XXV, 5 e 6.

(3) Genesi XLVIII, 22.

doveva trasmettersi a perpetuità nella stessa tribù, e ciascuna famiglia doveva possedere e conservare di generazione in generazione la porzione di terra ad essa toccata in origine. Qualunque alienazione non poteva essere se non temporanea; poichè nell'anno del giubileo, cioè dopo il termine di cinquant'anni, ogni uomo doveva rientrare nel possesso dei beni da lui prima posseduti, ed ogni terra doveva ritornare alla primitiva famiglia dond' era uscita (1). Perciò il parente più stretto aveva il dritto di riscattare dalle mani di un estraneo l'immobile venduto da un altro parente: ove non l'avesse riscattato, l'immobile rientrava nel patrimonio della famiglia nell'anno del giubileo (2). Da questa legge erano solo eccettuate le case poste nell'abitato delle città: per esse la facoltà del riscatto non poteva esercitarsi se non nello spazio di un anno dalla vendita: trascorso questo termine, la casa venduta rimaneva in perpetuo al compratore senza riguardo al giubileo (3).

Il capo di famiglia non poteva adunque liberamente disporre che soltanto dei beni mobili e di quegli acquistati con la sua industria (4); in verun modo avrebbe potuto spogliare la famiglia de' beni ereditarii che ne formavano il patrimonio,

(1) Levit. XXV, 8, 13; 23, 31.

(2) Levit. XXV, 25, 26, 28.

(3) Levit. XXV, 29, 30.

(4) SALVADOR, Institutions de Moïse T. II p. 178.

essendogli vietato invertire l'ordine di successione stabilito dalla legge. Laonde, quali che fossero i mancamenti di un figlio, non era dato al genitore di diseredarlo, o almeno non poteva togliere ad uno degli eredi legittimi la sua porzione, senza nel tempo stesso attribuirle ad un altro degli stessi eredi. In altri termini, gli era concesso soltanto di preferire uno ad un altro degli eredi legittimi, in modo che l'eredità non potesse mai uscire dalla famiglia, nè essere turbato l'ordine della successione: onde la giurisprudenza aveva adottata la seguente massima: « *Nemo potest alium instituere praeter eum qui ex eis est ad quos haereditas pertinet; nec haereditatem ab haerede funditus tollere* (1). »

La donazione fra vivi era permessa, ma il padre non poteva vantaggiare un figlio a spese degli altri: il figlio, a favore di cui avess'egli fatto donazione, non poteva ritenere le porzioni spettanti agli altri fratelli se non a titolo di semplice deposito e come procuratore di essi, a' quali era obbligato di restituirle alla morte del padre secondo l'ordine della successione legittima (2).

Le donazioni a causa di morte erano nulle se universali; perchè reputavansi suggerite dal timore della morte o da disperazione, e quindi provenienti da volontà non libera: erano invece valide quando

(1) EINECCIO, Dissert. de testamentifact. jure germ. § VI. PASTORET V. 1 pag. 428.

(2) SALVADOR, loc. cit.

il testatore, sperando di guarire, si avesse riservata una parte dei beni, ritenendosi in tal caso che il dono partisse da una deliberazione seria e calcolata (1).

§ 5. La legislazione di Maometto riconosce la libertà di testare, ma piuttosto nella forma che nella sostanza; dappoichè il profeta impone ai testatori, sotto le pene più severe nell'altra vita in caso di trasgressione, di lasciare col testamento i proprii beni a coloro stessi ch'egli designa come i più prossimi parenti ed eredi legittimi del defunto (2); di maniera che nel dritto musulmano il testamento non è che la consacrazione dell'ordine della successione legale. Così nel Corano non è ammessa la diseredazione: i figli hanno sui beni dei genitori un dritto intangibile, di cui non possono essere spogliati senza provocare lo sdegno e la vendetta di Dio. È ammessa la facoltà di fare dei legati, purchè siano di poco valore. Maometto raccomanda specialmente di fare dei legati a favore dei poveri e degli orfani, reputando ciò un dovere così sacro come quello di conservare i beni ai legittimi eredi. Da questi legati ebbero poi origine nella legislazione maomettana gli *hobous*, specie di sostituzioni per le quali il testatore può lasciare la proprietà di tutti i suoi beni

(1) PASTORET, V. 1 p. 428.

(2) CORANO, Capo IV. § 17, 18 e 37.

alle moschee, quali eredi, col peso dell'usufrutto a favore di altre persone designate nel testamento (1).

Nell'intenzione di Maometto i legati e le liberalità da lui permesse dovevano essere ristrette e proporzionate alla quantità dei beni; ma i giureconsulti, ampliando considerevolmente la facoltà de' legati, stabilirono una quota disponibile dei beni, che secondo i più è fissata al terzo della successione; onde si ammise che nell'esistenza di parenti o eredi legittimi si potesse disporre per testamento del terzo dei proprii beni: e solo in difetto di essi fosse lecito disporre di più del terzo o anche dell'intera eredità (2).

Maometto non parla se non del testamento fatto a voce, e prescrive che debba farsi alla presenza di due testimoni; ma piuttosto per trasmettere ed attestare le ultime volontà del defunto, che come condizione essenziale del testamento: poichè questo può farsi in ogni modo, senza alcuna forma o solennità, sia a voce alla presenza di due testimoni, sia per iscritto (3).

§ 6. In generale nelle primitive legislazioni della Grecia era ignoto il testamento: i poeti accennano a qualche donazione a causa di morte fatta in tempo di pericolo o in guerra e riferibile per lo

(1) SAGOT-LESAGE, Etude sur la legisl. de Mahomet, *Revue historique* T. IV p. 595, 596.

(2) DE S. JOSEPH, *Concordance etc.* T. IV p. 437.

(3) CORANO, Cap. V § 105. SAGOT-LESAGE p. 597, 598.



più a qualche oggetto di affezione; ma in verun luogo è menzione di successione testamentaria. La fortuna del cittadino era fra le sue mani, come in tutti i tempi eroici, una specie di deposito o fedecommesso appartenente alla famiglia (1). Tale era in Atene lo stato del dritto ai tempi di Solone: niuno aveva la libertà di disporre dei proprii beni, poichè questi non potevano uscire dalla famiglia e dalla gente (2). Solone pel primo introdusse la facoltà di testare, permettendo ad ognuno di disporre per testamento del suo patrimonio quando non avesse eredi necessarii, cioè in difetto di figli e discendenti legittimi capaci di succedere (3). Ma è da notare che la legge, permettendo a chi non aveva figli d'istituire erede un estraneo, richiedeva che l'istituzione di erede fosse preceduta dall'adozione, ossia dall'introduzione dell'estraneo nella famiglia del testatore; di maniera che la disposizione dell'uomo non era che l'imitazione della successione intestata in linea retta (4). Perciò non si poteva istituire erede uno straniero, perchè chi non era cittadino non poteva esser considerato come figlio di un cittadino ateniese (5).

(1) TROPLONG, Donat. et testam. Pref. p. VIII.

(2) PETIT, In leges atticas Lib. VI tit. VI § 1. Extra gentem familiamque heredem ne scribito.

(3) PETIT, Lib. VI tit. VI § 3.

(4) TROPLONG ivi p. X.

(5) PETIT, Lib. VI tit. VI § 3.

Il padre aveva il dritto di diseredare per giusti motivi il figlio colpevole: così Temistocle fu diseredato dal padre per la sua dissipatezza e profusione (1). La diseredazione poteva pure essere pronunciata dai magistrati in punizione dei delitti commessi dal figlio (2). Se il padre non lasciava che figlie, egli non poteva legare i suoi beni ad alcuno se non a condizione che gli eredi istituiti dovessero sposare le figlie, o in altri termini non poteva istituire erede che soltanto il genero (3); dappoichè, com'è noto, l'acquisto della successione in Atene era, nell'esistenza di figlie del defunto, strettamente congiunto all'obbligo di sposare le figlie stesse. Il testatore poteva lasciare dei legati, purchè non ledessero i dritti degli eredi necessarii e non riguardassero i beni immobili (4). Del resto la proibizione di disporre dei beni non si estendeva alle donazioni tra vivi (5).

Non potevano testare che i soli cittadini: gli stranieri e gli schiavi erano incapaci di far testamento, come pure i minori e le donne a cui la legge non permetteva di disporre che di cosa non eccedente il valore di un medinno di grano (6). I

(1) CORN. NEP. *Themistocles* § 1.

(2) PASTORET, V. 2 p. 96.

(3) PETIT, Lib. VI tit. VI § 5.

(4) ESCHBACH, p. 577. AHRENS, *Enciclopedia giuridica* V.1 p. 204.

(5) DEMOSTENE, *Orat. II* in *Stephanum* § 13.

(6) PETIT, Lib. VI tit. VI § 1 e 2.

figli adottivi neppure potevano far testamento; poichè, se non lasciavano figli superstiti, la loro eredità spettava per legge ai parenti dell'adottante (1).

Il testatore doveva essere libero di corpo e di mente: epperò scevro da qualsiasi violenza morale, come dal peso della vecchiezza, dalle suggestioni della moglie, dal tedio della prigione e dalla pressione di qualche necessità stringente (2). Il testamento era circondato da molte formalità: bisognava l'intervento de' magistrati per riceverlo, modificarlo o annullarlo; il testatore soleva ordinariamente scriverlo in presenza di testimoni suoi prossimi parenti e farlo anche firmare da essi (3).

§ 7. A Sparta la facoltà di disporre dei beni, sia per testamento sia per donazione, non era possibile col principio del mantenimento dell' eguaglianza nella ripartizione delle terre; e perciò fu da Licurgo espressamente vietata, volendo egli che ogni cittadino e la sua discendenza dovesse rimanere sempre in possesso della stessa porzione di territorio a lui assegnata in origine, senza che questa si potesse mai aumentare o diminuire. Vero è che Aristotile osserva che, mentre era vietato di comprare o vendere le proprietà territoriali, era poi permesso di donarle o lasciarle per testamento; ma egli non dice che ciò fosse stabilito da Licurgo, e lo nota

(1) PETIT, Lib. VI tit. VI § 6.

(2) PETIT, Lib. VI tit. VI § 3.

(3) PETIT, loc. cit.

come un'incongruenza che ai suoi tempi si verificava negli ordinamenti di Sparta (1). In fatti la libertà di testare non s'introdusse a Sparta che per la legge di Epitadeo, cioè cinque secoli dopo Licurgo, con la quale, oltre ad ammettersi le donne alla successione, fu data ad ognuno facoltà di disporre del suo patrimonio durante la vita e di lasciarlo per testamento dopo la morte (2).

Quanto alle altre repubbliche della Grecia, è certo che in progresso di tempo la facoltà di testare vi fu generalmente ricevuta, e, come dice Isocrate, in ciò si accordavano tutti i paesi della Grecia, quantunque offrissero fra loro una gran varietà di costumi e di leggi (3). È assai probabile che le leggi attiche fossero state il tipo delle leggi testamentarie degli altri popoli greci, e che l'adozione dell'erede fosse la forma solenne e sacramentale dell'istituzione di erede fatta dal cittadino che non aveva figli (4).

(1) ARISTOTILE, *Politica* Lib. II c. VII.

(2) PLUTARCO, *Vite di Agide e Cleomene*.

(3) ISOCRATE, *Aeginetica oratio*: « Considerate. . . . . legem denique huic testamento suffragantem, et Graecis omnibus probatam. Cujus rei maximum illud argumentum est, quod quum alius de rebus dissentiant, de hac omnes statuunt. »

(4) TROPLONG, *op. cit.* *Pref.* p. XVII.

SEZIONE 2.<sup>a</sup>

*Legislazione romana.*

§ 1. La sola volontà dell'uomo non poteva ne' primi tempi di Roma invertire gli ordini di successione stabiliti dalla legge; poichè questi erano una conseguenza della primitiva ripartizione delle terre fatta da Romolo e da Numa, la quale costituiva la base dell'antica società romana (1). Perciò il testamento in origine si riguardava ed era un atto, non della libera volontà del cittadino, ma della potestà legislativa, la quale sola avea forza di derogare o modificare la legge: in fatti esso non poteva farsi che ne' comizii calati (2), dovendo essere sanzionato dai suffragi del popolo raccolto in detti comizii. Il testamento *in procinctu* era un privilegio de' cittadini romani che testavano al momento del combattimento in presenza dell'esercito riunito, de' pontefici e degli auguri; i quali rappresentavano il popolo convocato nei comizii: onde tali testamenti rivestivano un carattere di legge come i testamenti *calatis comitiis*, con la differenza che la sanzione del popolo non era espressa, ma tacita, e che, come dice Eneccio, i secondi avea-

(1) MONTESQUIEU, *Esprit des lois* Lib. 27.

(2) AUL. GELL. XV, 27.



no la forma di legge scritta, *νομοι εγγραφοι*, e i primi quella della consuetudine o legge non iscritta, *νομοι αγραφοι* (1).

I comizi calati non si riunivano pe' testamenti che solo due volte l'anno (2), e quindi era impossibile testare a chi moriva nell'intervallo. Così s' introdusse l'altra forma di testamento *per aes et libram*, con cui, ad imitazione di quella *calatis comitiis* (3), si poteva testare innanzi a cinque cittadini, che rappresentavano simbolicamente le cinque classi del popolo che avevano voto ne' comizii (4). Questa forma esprimeva il concetto della mancipazione, ossia di un'immaginaria vendita dell'eredità, che il testatore alla presenza de' testimoni e del *libripens* faceva alla persona che voleva istituire suo erede e che figurava essere il compratore dell'eredità (*familiae emptor*); in appresso il compratore dell'eredità non fu adoperato che per mera

(1) EINECCIO, Dissert. De orig. testamentif. et ritu testam. § 13 e 14.

(2) GAIUS, II, § 101 Quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.

(3) Cum viderent, dice il Tomasio Dissert. LXXI, § X, jus testamenti faciendi, quod alias in testamentis, quae in comitiis calatis fiebant, dependebat a voluntate populi, per decemviros translatum esse in arbitrium privati, voluerunt his sollemnitatibus rem ita temperare, ut saltem umbram aliquam rationis communis et morum veterum retinerent. Vult autem ratio communis, ut, quae quis alienare vult cum effectu, id faciat per actum inter vivos.

(4) NIEBUHR, Histoire Romaine T. II p. 344. FESTUS, v. *Classici testes*.

forma ed imitazione dell'uso antico, e l'erede istituito poteva essere anche una persona non intervenuta nell'atto (1). Questa forma *per aes et libram*, la quale a dir vero non aveva del testamento che soltanto il nome, essendo in sostanza un vero atto di donazione tra vivi (2), fece cadere in desuetudine quella *calatis comitiis*, e portò quindi un notevole progresso nella libertà di testare separandola dall'intervento e dalla sanzione dello Stato. Per tal modo l'uso de' testamenti era già penetrato ne' costumi quando le dodici tavole, consacrando il principio: *Uti paterfamilias legassit super familia, pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* (3), riconobbero e concessero la più ampia libertà di testare come un diritto inerente alla qualità di cittadino romano, e indipendente da qualunque ingerenza della potestà legislativa (4). In appresso anche la forma delle disposizioni fu più libera e spedita; poichè alla forma del testamento *per aes et libram* si aggiunse dal diritto pretorio quella più semplice e più diretta di uno scritto firmato da sette testimoni; indi s'introdussero i testamenti nuncupativi, che si facevano verbalmente innanzi a cinque

(1) GAIUS, II § 103. Così Augusto nel suo testamento con cui istituì erede Tiberio, adoperò Domizio, avo di Nerone, qual *emptorem familiae pecuniaeque*. SVETON. Nero c. IV.

(2) EINECCIO, Dissert. cit. §. 21.

(3) ULPIAN. Tit. XI, 14.

(4) TROPLONG, Donat. et testam. Pref. p. XXIII.

testimoni; e in progresso di tempo i testamenti olografi, e quelli pubblici, ossia ricevuti da' magistrati.

Il testamento, qualunque fosse poi la sua forma, conservò in Roma sin da principio ed anche negli ultimi tempi un carattere tutto particolare che lo distingueva dal testamento delle nazioni moderne. Esso non importava soltanto una disposizione de' proprii beni, ma la trasmissione totale della *familia* e di tutti i dritti e le obbligazioni del defunto. L'erede istituito rappresentava il defunto e continuava la stessa persona giuridica di costui: onde la designazione o istituzione dell'erede si riteneva come il principio e la base fondamentale del testamento, e dovea per conseguenza precedere a tutte le altre disposizioni in esso contenute; dappoichè queste non erano che leggi imposte all'erede (1). Questa trasmissione piena ed intera di tutti i rapporti giuridici del defunto nella persona dell'erede, offre eziandio la spiegazione del principio che l'eredità non poteva senza una manifesta contraddizione essere acquistata da uno stesso individuo in parte col testamento e in parte per disposizione di legge: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Il quale principio vuolsi attribuire altresì all'intima relazione ch'esisteva fra il dritto di eredità e la perpetuazione del culto religioso, de' sa-

(1) GAIUS, II § 229. ULPIAN. XXIV, 15.

*cra privata*; poichè l'adempimento di questi poteva mancare o trovare ostacoli, qualora fosse ricaduto ad un tempo sopra eredi di carattere diverso, cioè alcuni chiamati dalla legge ed altri dal testatore, mentre l'origine diversa della successione avrebbe potuto ingenerare discordie fra gli uni e gli altri eredi (1).

§ 2. Avendo il testatore assoluta potestà di disporre de'suoi beni, poteva egli non tenere alcun conto de' proprii figli, sia discredandoli formalmente, sia non facendone menzione nel testamento; ma in appresso la giurisprudenza; i pretori e gl'imperatori, garentendo i dritti de' figli, modificarono a gradi a gradi siffatto illimitato arbitrio. Dapprima fu imposto al testatore l'obbligo o d'istituire i figli o di diseredarli espressamente; in modo che, se i figli fossero stati semplicemente omessi senza essere nè diseredati nè istituiti, il testamento era dichiarato nullo (2). Questo temperamento non metteva alcuna restrizione alla volontà del defunto, padrone sempre di diseredare i figli; ma serviva almeno ad accertare questa sua volontà, togliendo il dubbio che la preterizione fosse effetto di dimenticanza o di errore. La necessità della diseredazione non si applicava alla figlia e ai discendenti da figlio: costoro potevano anche essere

(1) HAUBOLD, Opusc. academ. V. I p. 339 e seg. Lipsia 1825.

(2) Inst. Lib. II tit. 13. GAIUS II § 123.

diseredati non espressamente, ma in una maniera generale, *inter ceteros*, e se erano preteriti non potevano domandare la nullità del testamento; ma avevano il dritto di concorrere cogli eredi scritti ad una determinata porzione dell'eredità (*jus adcre-scendi ad certam portionem*), che era una porzione virile se gli eredi istituiti fossero eredi *sui*, ed una metà se estranei (1). La madre poi e gli altri ascendenti materni non avevano l'obbligo di diseredare o d'istituire i loro figli e nipoti (2); dappoichè questi non erano sotto la loro potestà, e perciò giuridicamente non si consideravano eredi *sui*, ma estranei.

Il padre non era tenuto d'istituire o di diseredare i figli emancipati, i quali per dritto civile non erano eredi; ma il pretore, come chiamò costoro al possesso de' beni in caso di successione intestata, così ve li chiamò del pari nell'esistenza di un testamento, accordando a tutti i figli e senza distinzione di sesso un possesso di beni *contra tabulas testamenti*, per lo quale si metteva nel nulla il testamento, ed i figli erano ammessi a succedere come se quello non fosse esistito (3). Da ciò seguiva che le figlie emancipate, preterite dal testatore, potevano per la giurisprudenza pretoria far annullare il testamento e pren-

(1) ULP. XXII § 17. Inst. lib. II tit. 13 pr.

(2) GAJUS, III § 71.

(3) Inst. Lib. II, 13 § 3.



dere tutta la successione, laddove secondo il dritto civile, quelle rimaste sotto la patria potestà, in caso di preterizione, non avevano dritto pel *jus adcre-scendi* che ad una determinata porzione di beni. Ciò fu corretto da Antonino, il quale stabilì che le donne, emancipate o no, non potessero pel possesso de' beni *contra tabulas* conseguire al di là di ciò che loro attribuiva il *jus adcre-scendi* (1).

Intanto verso il quinto o sesto secolo di Roma s' introdusse l' uso di riguardare i testamenti, in cui senza motivi serii fossero stati diseredati o preteriti i proprii figli, come atti contrarii ai doveri di pietà fra parenti, e perciò invalidi come quegli ispirati da iracondia o da mente inferma; onde la querela *inofficiosi testamenti*, per mezzo di cui, annullato il testamento dai centumviri (2), l'eredità era deferita *ab intestato* a profitto degli eredi chiamati dalla legge (3). Fu lasciato intanto alla prudenza de' magistrati il decidere nei casi particolari se i motivi di diseredazione fossero serii ovvero no; dappoichè tali motivi non furono definiti dalla legge, ma si valutavano *ex arbitrio bonorum virorum* (4). In appresso la giurisprudenza stabilì alcuni principii sul proposito; ma soltanto Giustiniano fece cessare ogni incertezza,

(1) GAIUS, II § 125, 126.

(2) PLIN. Epist. Lib. VI, 33.

(3) Dig. Lib. 5, tit. 2, fr. 2, 3, 6 § 1.

(4) VINNUS, Partition. jur. civ. I, 35.

determinando con la Novella 115 le precise cause che potevano dar luogo alla diseredazione, le quali stabili che dovessero esplicitamente essere enunciate nel testamento.

La querela del testamento inofficioso spettava non solo ai figli e discendenti, ma anche agli ascendenti ed altresì ai collaterali: poi per questi ultimi fu limitata unicamente ai fratelli e alle sorelle (1), e indi anche per costoro non fu ammessa che in alcuni casi soltanto, quando cioè fossero stati posposti a persone turpi, come i gladiatori, le prostitute e le altre persone notate d'infamia (2).

La querela d'inofficiosità mossa contro il testamento però nemmeno garentiva i dritti de' figli; poichè, se il testatore non lasciava loro che una parte anche minima dell'eredità, il testamento conservava sempre la sua efficacia (3): onde nell'uso e nella giurisprudenza fu adottata la massima che l'erede legittimo dovesse, pena la nullità nel testamento, ricevere come minimo il quarto della porzione ereditaria che gli sarebbe spettata nella successione *ab intestato*; la quale porzione fu detta *legitima*, ed anche *Falcidia*, forse perchè fu stabilita per estensione del principio della legge Falcidia (4).

(1) Dig. lib. 5 tit. 2 fr. 1. Cod. lib. III tit. 28 c. 21.

(2) Inst. Lib. II tit. 18 § 1.

(3) PAUL. Sent. Lib. IV, tit. V.

(4) ORTOLAN, Expl. histor. des Instit. T. I p. 609, 610.

§ 3. Le leggi successorie in Roma, mentre cominciarono dallo sconoscere i dritti dei figli, terminarono poi coll' accordare dritti di successione anche a chi non aveva alcun vincolo di parentela col testatore. Ciò derivò dalla necessità d' impedire che gli eredi testamentarii rinunziassero all'eredità loro devoluta; il che si verificava quando il testatore, facendo molti legati, non lasciava che il solo nome o quasi nulla all'erede da lui istituito. Tali rinunzie, oltre al recare onta alla memoria del defunto, riuscivano di detrimento non solo agli eredi, ma agli stessi legatarii; poichè se i primi ripudiavano l'eredità, i legati, come tutto il testamento, rimanevano ineseguiti. A ciò si cercò di provvedere dapprima con la legge Furia, la quale dispose che, all'infuori dei cognati sino al sesto grado e de' figli de' cugini (*a sobrino nati*) (1), niuno potesse legare più di mille assi; ma, poichè questa disposizione non garentiva gli eredi, potendo tutto il patrimonio essere diviso in tanti legati, ognuno di mille assi (2), fu in appresso con la legge Voconia stabilito che niuno potesse per legati vantaggiare alcuno più dell'erede istituito nel testamento.

Siffatta limitazione era egualmente inefficace, potendo il testatore consumare il suo patrimonio in tanti legati, tutti di somme minime, in maniera

(1) FRAG. VATIC. § 301.

(2) GAIUS, II § 225.

da rendere vana la stessa istituzione di erede (1). Onde nell'anno 714 di Roma fu pubblicata la legge Falcidia, la quale, nell'abolire le due leggi precedenti, fermò definitivamente i dritti degli eredi, prescrivendo che l'erede istituito dovesse ritenere almeno la quarta parte dell'eredità, qualunque fosse il numero de' legati (2). Il senatoconsulto Pegasiano sotto Vespasiano applicò questa legge anche ai fedecommissi di cui fosse col testamento gravato l'erede (3). Antonino Pio l'estese pure ai fedecommissi imposti all'erede *ab intestato* (4), e più tardi venne applicata anche alle donazioni a causa di morte (5).

§ 4. Quanto alle donazioni tra vivi, niuna restrizione in origine fu portata alla libera disposizione de' beni; però nell'anno 550 di Roma fu prescritto con la legge Cincia che niuna donazione, eccetto quelle fatte a vantaggio di alcuni parenti e di altre persone determinate, potesse eccedere un *maximum* stabilito. Ciò ben vero fu disposto non nell'interesse degli eredi, ma in quello esclusivo del donante per premunirlo contro gli eccessi di

(1) GAIUS, II § 226.

(2) DIONE CASSIO, Lib. 48 c. 33. Dig. Lib. 35 tit. 2 fr. 1.

(3) GAIUS, II § 254. La quarta parte ritenuta dall'erede sul fedecommissso era detta *quarta Falcidia*, Dig. 36 t. 1 fr. 16 § 9; ma dai commentatori venne indicata anche col nome di *quarta Trebellianica*.

(4) Dig. Lib. 35, t. 2 fr. 18.

(5) Cod. Lib. VI, t. 50 c. 5.

liberalità inconsiderate! di cui avesse poi a pentirsi. Onde le donazioni eccedenti la somma fissata dalla legge non erano dichiarate nulle, ma obbligavano il donante verso il donatario soltanto entro il limite stabilito (1). Così ognuno poteva impunemente eludere gli effetti della querela d'infirmità contro il testamento, consumando tutto intero il suo patrimonio in donazioni tra vivi, senza lasciare poi agli eredi che il puro nome.

Ad evitare ciò Alessandro Severo, estendendo alle donazioni il principio della querela *inofficiosi testamenti*, diè facoltà agli eredi istituiti di attaccare come inofficiose le donazioni tra vivi che avessero diminuito il patrimonio del defunto in modo da lasciare il medesimo col suo testamento meno del quarto di tutti i beni che aveva posseduti (2). Pochi anni dopo, cioè nell'anno 258, gl'imperatori Valentiniano e Gallieno accordarono quest'azione d'infiducia donazione anche agli eredi legittimi del donante in caso di successione *ab intestato* (3).

(1) FRESQUET, *Traité élémentaire de droit romain* V. I p. 311.

(2) Dig. Lib. 31, fr. 87 § 3, 4. *Fragm. Vatic* 280.

(3) Cod. Lib. III tit. 29 c. 3.



SEZIONE 3.<sup>a</sup>

*Legislazioni dei popoli germanici e dell' Europa  
nel medio evo.*

§ 1. Presso i Germani la proprietà fondiaria apparteneva non tanto all'individuo quanto alla famiglia: tutti i membri di una famiglia, uniti insieme dall'obbligo della difesa e della vendetta comune, avevano un dritto di comproprietà sulla terra ch'essi dovevano difendere dalle continue incursioni e aggressioni dei popoli vicini. Da questo stato di cose seguiva che, essendo la terra patrimonio comune della famiglia, nessun membro della stessa ne poteva in alcun modo disporre a pregiudizio o senza il consenso degli altri. Di qui l'assenza dei testamenti e la necessità del consenso degli eredi legittimi per qualunque alienazione della proprietà comune.

Quest' assenza dei testamenti è un fatto generale che si riscontra presso tutte le nazioni germaniche, come anche presso le scandinave e le slave. Tacito invero parlando degli antichi Germani dice: *nullum testamentum* (1). Lo stesso era presso gli antichi Galli: così una lettera di Simmaco, prefetto di Roma del quarto secolo, accennando

(1) De morib. German. c. XX.

agli usi dei Galli, diceva: *Gignuntur haeredes et non scribuntur* (1). Le prime leggi barbare, come gli antichi *Gragas* d'Islanda, i *Sagas* scandinavi, le leggi de'Sassoni, de'Frisoni, de'Danesi, non meno che quelle de'Bavari, degli Alemanni e le consuetudini anglosassoni (2), non fanno alcuna menzione di testamenti, o al più non li permettono che a coloro che non lasciano figli o discendenti (3). Le leggi del paese di Galles egualmente ritenevano come intangibili i dritti degli eredi legittimi; epperò stabilivano la massima: *Nemo in fundo alieni succedere potest nisi is qui corpore ejus prognatus fuerit* (4). Le leggi Salica e Ripuaria del pari non riconoscono il testamento romano, ma soltanto una donazione a causa di morte, detta *assatomia*, ben diversa dal testamento; poichè non era permessa che in mancanza di discendenti, ed aveva luogo in vita del donante e con molte formalità (5). I Longobardi non ammettevano che una donazione a causa di morte, detta *thinx* se riguardava una cosa singolare, e *garathinx* se

(1) LAFERRIÈRE, Histoire du droit civ. de Rome et du droit français T. II p. 88.

(2) KOENIGSWARTER, Les origines germaniques du droit civil français, nella *Revue de legisl. et de jurisp.* T. XIX p. 327, 331.

(3) Così la legge de'Bavari non permette di fare disposizione testamentaria che a favore della vedova in mancanza di discendenti o di altri parenti. Lex Bajuv. T. XIV c. 9 § 3.

(4) KOENIGSWARTER, op. e loc. cit. p. 335.

(5) Lex Sal. Tit. 48. Lex Rip. Tit. 49.

comprendeva l'universalità dei beni (1). Entrambe a differenza del testamento erano irrevocabili e non erano permesse che a chi non avea figli. Chi avea figli poteva vantaggiare uno di essi sugli altri, ma nulla poteva dare ad un estraneo: nell'esistenza di sole figlie potevasi disporre di due terzi dei beni se non v'era che un'unica figlia, e della metà se erano più (2). Le leggi dei Borgognoni non fanno menzione di testamento che una sola volta, ricordandolo come un uso contrario ai costumi del paese (3): quanto alle disposizioni tra vivi, non le permettono che unicamente pel beni acquisiti, eccettuandone i beni ereditarii, *terram sortis titulo acquisitam* (4). La legge de' Turingii dichiara la libertà di disporre de' proprii beni (5); ma questa facoltà si riferiva piuttosto alla donazione tra vivi che al testamento propriamente detto.

Fra le legislazioni barbare l'unica che ammette la libertà di testare come per dritto romano è quella dei Goti; e pare che fra essi fosse senza limiti; poichè alcune leggi vi apportarono delle restrizioni, vietando la diseredazione e non permet-

(1) Leg. Langob. Lib. II, tit. 15 § 1.

(2) Leg. Lang. Lib. II, tit. 20 § 1.

(3) *Adversus morem veterum*. Lex Burg. T. LX.

(4) Tit. I § 1. Tit. 24.

(5) *Libero homini liceat haereditatem suam cui voluerit tradere*. Lex Angl. et Wer. T. XIII.

tendo la disposizione assoluta dei beni che nel solo caso in cui non si lasciassero discendenti (1). L'editto di Teodorico seguì sul proposito gli stessi principii del dritto romano (2).

§ 2. La libertà di testare cominciò ad introdursi nelle leggi e nei costumi germanici, principalmente nei paesi, come la Francia, la Spagna e l'Italia, i quali presto subirono l'influenza e il predominio della chiesa; laddove si manifestò assai tardi e attraverso grandi ostacoli nei paesi che, come l'Alemagna e le nazioni slave, si mantennero per più lungo tempo stranieri ed avversi alle dottrine della chiesa e del dritto canonico (3). In fatti furono precisamente l'influenza e gli sforzi del clero che introdussero e propagarono in Europa l'uso dei testamenti per lo scopo di facilitare ed estendere le disposizioni o i legati a favore della chiesa. Questa aveva insinuata e accreditata fra popoli la credenza superstiziosa che, per ottenere la salute dell'anima nell'altra vita, fosse necessario mostrarsi generoso de' proprii beni a favore di coloro che si assumevano la missione di pregare Dio ed intercedere presso di lui pel riposo e la salvazione dei fedeli. Perciò ognuno, spaventato dal timore dell'inferno e dalle suggestioni degli ecclesiastici, si affrettava prima di mo-

(1) Leg. Wisig. IV tit. 2 §. 20, tit. 5 §. 1.

(2) Edict. Theod. c. 128.

(3) KOENIGSWARTER, op. e loc. cit. p. 325.

rire a far testamento o una disposizione qualunque con cui legava tutti o parte de' suoi beni a favore della chiesa, ossia de' ministri di essa. La chiesa per rafforzare l'uso di tali disposizioni pose in opera ogni mezzo che in que' secoli d'ignoranza e di superstizione credeva più efficace nell'animo de' fedeli, mettendo pure a profitto il terrore della prossima fine del mondo. Inoltre essa dichiarava dannati irremissibilmente tutti coloro che morivano intestati e senza aver nulla lasciato per la salute dell'anima: perciò rifiutava loro l'assoluzione, il viatico ed anche la sepoltura. In Francia questi abusi erano frequenti nel medio evo e durarono sino ai principii del secolo decimoquinto; n' è pruova un arresto del Parlamento di Parigi dell'anno 1407, il quale stabilì che quei che morivano intestati dovessero ricevere la sepoltura senza bisogno di autorizzazione e non ostante qualsiasi opposizione da parte del vescovo (1).

Nè le vessazioni degli ecclesiastici si limitavano ai soli moribondi: esse si estendevano pure agli eredi; poichè i chierici spinsero le spoliazioni a tal punto da obbligare gli eredi di quei che morivano intestati a far de' testamenti in nome de' defunti, affinchè riparassero alle omissioni di costoro facendo larghe disposizioni a favore della chiesa. Gli eredi dovevano concordarsi col clero

(1) DUCANGE, v. *Intestatio*.



per quella somma che il defunto, secondo le pretensioni dell'autorità ecclesiastica, avrebbe dovuto legare alla chiesa a titolo di elemosina, *elemosina rationabilis*. Spesso gli ecclesiastici tenevano sequestrati i beni e lasciavano insepolto il cadavere fino a che non fosse pagata la detta elemosina (1).

Dove più crebbero, e trovarono maggior campo, tali abusi e spoliazioni del clero, si fu in Inghilterra. Ivi gli ordinarii diocesani si arrogarono a poco a poco l'amministrazione di tutt'i beni mobili di quei che morivano *ab intestato*: e quindi, appropriandoseli col pretesto di doverli invertire in *pious usus* per provvedere alla salute dell'anima del defunto, ne spogliavano i legittimi eredi, la moglie e i figliuoli. Innocenzo IV poi stabilì come legge canonica che *in Britannia tertia pars bonorum decedentium ab intestato in opus ecclesiae et pauperum dispensanda est*: per modo che il clero romano sotto il nome della chiesa e dei poveri s'impadroniva di tutti i beni che restavano dopo la prelevazione di due terzi pe' figli e per la vedova. La licenza non ebbe limiti sino a

(1) DUCANGE, v. *Intestatio*.

Inoltre i vescovi si arrogarono in alcuni luoghi la facoltà di fare essi stessi de' testamenti *ad pias causas* pe' beni di quei che morivano *ab intestato*. Questa consuetudine durò nel regno di Napoli sino al secolo scorso, non essendo stata abolita che con Dispaccio dei 4 settembre 1738, DE ROSA, Consuet. neapol. T. II p. 163.

che il legislatore si vide obbligato a rimediare, e con lo statuto di Eduardo III si stabilì che l'amministrazione dei beni lasciati *ab intestato* non potesse ritenersi direttamente dall'ordinario, ma si dovesse da costui per delegazione affidare ai parenti più prossimi o ad un amico del defunto (1).

§ 3. Ammessa e divenuta generale questa consuetudine delle disposizioni per la salute dell'anima, venne così ad introdursi ed estendersi l'uso de' testamenti, i quali da principio non ebbero altra materia e non furono adoperati che per simili disposizioni in favore della chiesa. In fatti le prime leggi o *Gragas* islandesi, quelle dei Danesi (2), degli Alemanni (3), dei Bavari (4), le leggi galliche d'Inghilterra (5) e molte altre non concedevano facoltà di far testamento, o di disporre in qualunque modo de' proprii beni, se non unicamente per fare delle disposizioni a favore della chiesa o per la salute dell'anima. Invalse quindi a poco a poco la massima che alla chiesa stessa dovesse per mezzo dei vescovi affidarsi l'esecuzione dei testamenti, ritenendosi che l'adempimento delle ultime volontà dei defunti, come quelle che potevano riferirsi alla salute dell'anima, fosse un do-

(1) BLACKSTONE, T. III p. 546, 547, 560.

(2) KOENIGSWARTER, op. e loc. cit. p. 329, 330.

(3) Lex Alamann. Tit. I e II.

(4) Lex Bajuuv. Tit. I § 1.

(5) LAFERRIÈRE, T. II p. 89.

vere di coscienza che rientrava nel demanio della chiesa. Con ciò fu esteso a tutte le disposizioni testamentarie il principio che alcune costituzioni degli imperatori cristiani avevano ammesso soltanto pe' legati che contenevano uno scopo di pietà, come il sostentamento dei poveri, il riscatto dei prigionieri, l'edificazione delle chiese, degli ospedali, degli orfanotrofi e simili (1). Laonde i legati pii e quindi tutti i testamenti senza eccezione furono assoggettati alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici come espressamente stabilirono molti concilii. Questo sistema si mantenne sin oltre il secolo decimosesto, quando in tutti i paesi l'autorità civile cominciò a rivendicare i suoi dritti contro le prepotenze della chiesa (2). Tuttavia in alcuni paesi la giurisdizione ecclesiastica su' testamenti continuò ad essere in vigore per lungo tempo, come in Polonia e in Russia, dove i testamenti secondo la legislazione adottata erano ricevuti e giudicati unicamente dal clero (3). In Inghilterra poi anche attualmente i testamenti sono di competenza ecclesiastica e rientrano nella giurisdizione dell' ordinario diocesano (4).

Venute le cause dei testamenti in mano degli

(1) Cod. Lib. I tit. 3, c. 28, 46, 49.

(2) WALTER, Manuale del dritto ecclesiastico T. II § 349.

(3) MACIEIOWSKI, T. IV § 326, 329.

(4) WALTER, op. cit. § 349. DE S. JOSEPH, Concordance etc. T. II p. 254 n. 531.

ecclesiastici, la chiesa stabilì come principio che le disposizioni o i legati pii in essi contenuti dovessero ritenersi sempre validi, non ostante qualunque difetto di sostanza o di forma che potesse rendere invalido il testamento secondo le leggi civili. Questa massima invalse fin dal sesto secolo, ammettendosi che un legato a favore della chiesa dovesse considerarsi valido in qualunque modo fatto, sempre che fosse certa la volontà del testatore (1), e inoltre si stabilì che un legato di questa specie non cessasse di essere obbligatorio, qualunque fatto per semplice dichiarazione orale innanzi a due o tre testimoni (2). Alessandro III poi confermò questa pratica, ed estendendola prescrisse come massima generale che ogni testamento potesse farsi innanzi al parroco e due o tre testimoni (3).

§. 4. La libertà di testare, ammessa intanto per le disposizioni a favore della chiesa, tardò molto ad estendersi ed applicarsi come un dritto generale ed assoluto alle disposizioni a favore di estranei. Così in Germania da principio, dice Einécio (4), i soli re facevano testamento: poi nel secolo duodecimo cominciarono ad avere la libertà di testare le persone nobili ed illustri, e a poco

(1) WALTER, op. cit. T. II § 252.

(2) Decret. Lib. III tit. 26 c. 4 c. 11.

(3) Decret. Lib. III tit. 26 c. 10.

(4) Elem. jur. germ. Lib. II pars 1 § 181.

a poco anche i privati. Ma in origine la facoltà di testare fra' privati era così rara, che doveva essere accordata per ispeciale grazia sovrana, sebbene si trattasse di beni indipendenti da qualsiasi ragione feudale (1). Nella Fiandra l'uso dei testamenti non s'introdusse fra' privati che nel secolo XIII (2); nella Frisia nel secolo XIV (3); nella Sassonia non prima del secolo XV (4). Nello Slesvig sino ai principii del secolo XVIII niun cittadino poteva testare, neppure a favore dei prossimi parenti, senza il permesso del principe; solo nel 1707 il re Federico di Danimarca temperò questo rigore, permettendo a chiunque non aveva figli di disporre per testamento a favore del coniuge superstite (5). In alcuni paesi della Gheldria l'uso dei testamenti era tuttavia ignoto ai tempi in cui viveva Eineccio (6).

In progresso di tempo per l'influenza del dritto romano l'uso dei testamenti a poco a poco si propagò generalmente in Alemagna come pure nei paesi scandinavi, e fu consacrato dalle leggi e dalle consuetudini. Però la facoltà di testare non fu generalmente ammessa in modo assoluto, ma ristret-

(1) Id. Lib. II § 183.

(2) Id. § 184.

(3) Id. § 185.

(4) Id. § 186.

(5) Id. § 192.

(6) EINECCIO, Dissert. de testamentiif. jure german § 11.



ta da molti limiti. In alcuni paesi non si poteva testare senza tener conto dei dritti dei parenti, dovendosi lasciare loro tutta o parte dell' eredità: così nella Svezia nell' esistenza dei figli si dovevano lasciare ad essi nove decimi dei proprii beni; in mancanza di figli si doveva agli eredi che dimoravano nel regno lasciare due terzi, e a quelli che vivevano lontani una metà di tutti i beni (1). In altri paesi era vietato di disporre per testamento dei beni immobili, essendo questi riservati agli eredi, come in Groninga e in Riga: generalmente poi non si poteva testare pei beni ereditarii, ma soltanto per gli acquisiti, come in Lubeca, in Amburgo, in Brema, in Groninga, nella Fian-dra; e v'era pure qualche paese, come Lubeca, dove anche dei beni acquisiti si doveva lasciare una parte ai parenti. Era pure generalmente vietato di disporre de' mobili che costituivano l'*heer-gewäle* e la *gerade*, non che della porzione statutaria riservata al coniuge superstite (2). Questo rispetto ai dritti degli eredi e della famiglia era così forte e generale, che anche attualmente, come nota Niebuhr, vi ha in alcuni luoghi di Germania la consuetudine che chi fa testamento deve pagare una certa somma ai suoi parenti come un' indennità dei dritti successorii di cui sono privati (3).

(1) EINECCIO, Elem. jur. germ. Lib. II, p. 1 § 193.

(2) Id. § 193, 195. STRYKIO, Lib. XXVIII Pand. tit. V, § 5.

(3) NIEBUHR, Histoire Romaine T. II p. 343.

In varii paesi poi le persone inferme erano incapaci di far testamento senza il consenso degli eredi, come nella Frisia orientale, in Colonia, in Groninga e altrove, a meno che si trattasse di soli legati pii (1). Ciò derivava dagli antichi principii germanici, secondo cui per poter fare donazione tra vivi o testamento bisognava esser sano e valido di mente e di corpo (2), ritenendosi sospette le disposizioni fatte dagl'infermi o moribondi, come quelle che partivano da chi non aveva tranquillità di spirito e per la sua debolezza poteva facilmente essere raggirato. Del pari in Boemia le persone inferme per far testamento avevano bisogno di un' autorizzazione del re o del governo, ottenuta la quale potevano richiedere nella propria casa l'intervento degli ufficiali pubblici, i quali redigevano le loro disposizioni e quindi le depositavano ne' pubblici archivii. Regole somiglianti erano, pei testamenti delle persone inferme, stabilite in Lituania ed in Curlandia (3).

Pe' beni feudali poi il testamento non era permesso che col consenso del signore e in quanto la facoltà di testare fosse consentita nel titolo d'investitura. Era questa la massima seguita non solo in Germania, ma generalmente in tutti i paesi feudali, e si conservò per molto tempo così in

(1) EINECCIO, Elem. jur. germ. Lib. II § 197, 198, 199.

(2) GRIMM, p. 96, 97, 483.

(3) MACIEIOWSKI, T. IV § 326,

Italia come in Francia (1), in Olanda e nel Belgio (2). Tale principio d'altra parte era conforme allo spirito del sistema feudale: perchè, non essendo il feudo che una concessione del signore accordata sotto le condizioni stabilite nell'investitura, era naturale che al vassallo fosse vietato di disporre del feudo in pregiudizio del signore concedente o di coloro che erano chiamati a succedere dal titolo d'investitura.

§ 5. In Francia per molto tempo le consuetudini non ammisero la libertà di testare; esse stabilivano la massima: *Institution d'heritier n'a lieu*, per significare che non si poteva istituire un erede per testamento (3); in appresso però la facoltà di testare fu riconosciuta, ma generalmente solo pe' mobili e pe' beni acquisiti, mentre de' beni proprii non era permesso disporre per testamento che per una determinata porzione, dovendo i due terzi o i quattro quinti di essi restare liberi ai parenti secondo l'antico costume del regno (4). Questa restrizione era più comune ne' paesi settentrionali, dove la regola generale era la successione *ab intestato*, che nei paesi di dritto scritto, dove la successione testamentaria formava la regola, e la legittima accordata agli eredi del sangue era l'eccezione (5).

(1) TROPLONG, Donat. et testam. Pref. p. XLIV.

(2) EINECCIO, Dissert. de testamentifact. jure german. § 13.

(3) LAURIÈRE sur LOISEL, Lib. II tit. IV § V.

(4) Id. Lib. II tit. V § 13.

(5) KOENIGSWARTER, Op. e loc. cit. p. 336.

§ 6. Nella Spagna riconoscevasi la facoltà di testare come nel dritto romano. Si poteva disporre del quinto de' proprii beni a favore di un estraneo, e del terzo a favore di uno o più dei figli; di modo che la legittima dei figli era di quattro quinti rimpetto ad un estraneo. Lasciando il defunto solo ascendenti, poteva in pregiudizio di questi disporre del terzo della sua fortuna. E da notare una singolarità del dritto spagnuolo, quella cioè di poter fare testamento per mandatario, ossia di poter conferire ad un terzo, detto *comisario*, la facoltà di disporre de' proprii beni e di far testamento per sè stesso. Tuttavia in difetto di altre dichiarazioni del mandante i dritti del *comisario* sono molto ristretti, riducendosi per lo più a poter fare de' legati per la salute dell'anima del defunto (1).

(1) REVUE FOLIX, T. IV. *Aperçu historique et théorique de la légis. espagnole* p. 825, 826.

Quest' uso singolare dei testamenti per mezzo di procuratore sarebbe stato, secondo alcuni canonisti, consacrato dal dritto canonico per quanto concerne le disposizioni a favore della chiesa o i legati pii. In appoggio di questa dottrina invocavano un rescritto d' Innocenzo III inserito nel corpo delle Decretali Lib. III tit. 26 c. 13, il quale dice: « Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. » Ma Innocenzo III non istabilisce punto in tal rescritto che si possa testare per mezzo di altri; e se dice che chi aveva affidato ad un terzo la cura di disporre de' suoi beni non si potesse ritenere morto *ab intestato*, lo dice unicamente nel senso che in tal caso non potesse il vescovo pretendere il *jus spoli* o di-

§ 7. In Italia predominava generalmente, quanto alla facoltà di testare, il dritto romano, ammettendosi nei varii statuti la facoltà di disporre dei proprii beni, con l'obbligo però di lasciare una parte, come legittima, a' figli o parenti più stretti, secondo che, fra gli altri, disponevano gli statuti di Verona, di Pisa, di Milano, di Roma. Sulla quantità poi della legittima e in generale sul contenuto dei testamenti gli statuti delle città italiane differivano moltissimo tra loro (1). Le consuetudini napoletane stabilivano che dei beni acquisiti o nuovi ognuno potesse disporre liberamente, salva la legittima ai figli; mentre per l'opposto dei beni ereditarii o antichi dovevasi necessariamente lasciare la metà ai figli; in modo che non era lecito disporre se non dell'altra metà (2). Nella Sardegna era vietato di poter diseredare i figli o discendenti maschi de' beni ereditati dal lato paterno o materno, a meno di un giusto motivo da provarsi da colui a favore del quale tornava la diseredazione. Nulla poi era stabilito circa la porzione legittima che serviya di limite alla libertà di testare (3).

sporre de' beni mobili del defunto come era uso praticarsi pe' beni de' chierici morti senza testamento. WAN-ESSEN T. III, pars 2<sup>a</sup> sez. IV t. 1 c. 8 p. 461.

(1) GANS, Dritto di successione nella storia italiana, traduz. di A. Turchiarulo p. 59, 69, 75, 103.

(2) MAFFEI, Institut. jur. civ. neapol. T. II p. 16.

(3) GANS, op. cit. p. 126.



§ 8. Nell'Inghilterra secondo le antiche consuetudini della razza sassone non si conosceva la facoltà di testare: come i Francesi dicevano: *Institution d'heritier n'a lieu*, gl'Inglesi avevano per massima: *Dieu seul peut faire un heritier* (1). Dopo i tempi della conquista la legge comune non permetteva disporre per testamento: se non per una concessione limitata ad un determinato numero d'anni. In progresso di tempo però la facoltà di testare penetrò a poco a poco negli usi e nelle leggi, fino a che fu ammessa la più illimitata e assoluta libertà di disporre per testamento di tutti i beni così reali come personali (2).

§ 9. Presso gli Slavi la libertà di testare non s'introdusse che assai tardi e molto tempo dopo che già s'era stabilita presso le altre nazioni. Secondo Ewers gli Slavi da principio non conoscevano proprietà privata e individuale, ma soltanto proprietà di famiglia: i beni del defunto dovevano, come beni comuni, appartenere all'intera famiglia senza distinzione fra parenti più o meno prossimi, ed erano amministrati dal più anziano dei membri della famiglia (3). Onde in origine presso gli Slavi si permetteva soltanto la divisione de' beni fatta in vita dal padre fra i suoi figliuoli,

(1) LAURIÈRE SUR LOISEL, Lib. I tit. IV § 5. *Solus Deus hæredem facere potest, non homo.*

(2) BLACKSTONE, T. III p. 305, 544.

(3) MACIEIOWSKI, T. II § 231.

come si usava in Boemia, in Russia e in Lituania (1). Indizii di testamento si hanno nell'anno 908 per la Dalmazia, nel 1186 per la Stiria, nel 1221 per la Boemia (2). Nella Lituania e nella Polonia i testamenti scritti non furono conosciuti che verso i secoli XVI e XVII. Nella Polonia furono introdotti dal dritto canonico, ed in principio non ne facevano uso che soltanto i principi e i vescovi (3). Ma, anche dopo che l'uso de' testamenti si propagò fra gli Slavi, la facoltà di disporre dei proprii beni non fu sempre e dappertutto riconosciuta. In generale presso gli Slavi latini il capo di famiglia non poteva per testamento disporre della sua fortuna che per una porzione assai limitata, poichè i beni dei genitori si ritenevano dovere un giorno o l'altro appartenere assolutamente ai figli: laddove presso gli Slavi della confessione greca, i Russi e i Serbi, il padre e la madre godevano della piena libertà di disporre de' loro beni (4). Così in Russia ciascuno poteva liberamente disporre del suo patrimonio e legarlo alla figlia o ai parenti da femmina ad esclusione dei figli e della parentela maschile: l'immobile paterno però doveva restare alla famiglia (5). Per

(1) Id. T. II § 258.

(2) MACIEIOWSKI, T. II § 258.

(3) Id. T. I § 456, 457. T. IV § 325, 326.

(4) Id. T. II § 229.

(5) Id. T. IV § 323.

contrario nella Boemia non era permesso disporre per testamento che degl' immobili provenienti da concessione del re: in Moravia e nella Slesia le leggi non concedevano ai cittadini che qualche volta e per eccezione la facoltà di disporre per testamento (1).

Secondo lo statuto di Lituania il testatore poteva disporre soltanto della fortuna mobiliare e de' beni acquisiti, essendogli vietata ogni disposizione degl' immobili ereditarii, paterni e materni, i quali dovevano conservarsi nella famiglia (2). In Polonia era assolutamente vietato di disporre in qualsiasi modo delle terre possedute a titolo di proprietà o di anticresi o anche d'ipotecarle. Questo divieto, a prescindere dallo spirito di conservazione dei beni nella famiglia, derivava specialmente da una ragione politica, quella cioè di conservare gl' immobili rurali nella classe de' nobili, alla quale era affidata la difesa del territorio esposto alle continue incursioni de' Turchi e dei Tartari, e la quale perciò aveva l'esclusivo dritto di possedere le proprietà territoriali. Onde la costituzione del 1510 adduceva come ragione del divieto delle alienazioni e disposizioni delle terre il principio: *Ne defensio reipublicae minuat*. Questa proibizione fu poi con la costituzione del 1676 estesa anche

(1) Id. T. IV § 316.

(2) Id. T. IV § 326 p. 458.

a' fabbricati nelle città, sebbene posseduti da persone non nobili (1).

Quanto alle donazioni, esse in origine, secondo le leggi slave si confondevano co' testamenti, ed avevano lo stesso nome: anche in appresso furono, sia quanto alla facoltà di disporre, sia quanto alla forma esterna, regolate dalle stesse norme dei testamenti: così in Polonia dovevano esser rivestite delle medesime solennità necessarie per questi ed essere approvate in giudizio (2).

§ 10. Oltre i testamenti, le antiche leggi e consuetudini germaniche vietavano in generale qualunque alienazione per atto tra vivi dei beni proprii o ereditarii senza il consenso degli eredi (3): esse consacrarono il principio che de' beni acquisiti ognuno potesse liberamente disporre, ma che i beni ereditarii fossero intangibili e dovessero necessariamente rimanere alla famiglia. Così la legge dei Borgognoni, mentre permetteva al padre di donare i beni da lui acquistati, gli vietava far donazione delle terre ereditarie, *titulo sortis acquisita* (4). Del pari per la legge de' Sassoni niuno senza il consenso degli eredi poteva vendere o donare i suoi beni immobili o ereditarii (5).

(1) WOŁÓWSKI, Coup d'œil sur la legisl. polon. nella *Revue de leg. et de juris.* T. VIII p. 87, 96, 99. MACIEIOWSKI T. IV § 326.

(2) MACIEIOWSKI, T. II p. 286. T. IV § 326.

(3) GRIMM, p. 607.

(4) Lex Burg. T. I § 1.

(5) Lex Sax. Tit. XIV § 2, 3. • Nulli liceat traditionem haereditatis suae facere ut haeredem suum exhaeredem faciat. •

Non si permetteva di disporre dei beni medesimi se non per causa di estrema necessità, come per sottrarsi a' rigori della fame, del freddo, della prigionia: in questi casi, se gli eredi si opponevano all'alienazione, il giudice, verificati i motivi, poteva concedere la facoltà di alienare i beni (1).

La necessità di questo consenso degli eredi per l'alienazione de' beni della famiglia si ravvisa come un principio consacrato in tutte le legislazioni de' moderni popoli di Europa, e si mantenne per lungo tempo durante il medio evo. Così per gli statuti di Sassonia, di Svevia e di quasi tutta l'Allemagna occorreva per l'alienazione dei beni ereditarii il consenso de' figli e de' prossimi parenti, anche delle sorelle (2); e tutte le formole e i diplomi antichi mostrano che i figli, e spesso anche le figlie, intervenivano come parti necessarie negli atti di alienazione de' beni della famiglia.

Gli stessi principii veggonsi consacrati nel dritto scandinavo e nel dritto slavo. In Danimarca, per esempio, al padre non era permesso di disporre per atto di ultima volontà se non della metà dei suoi beni; ma tali atti, per reputarsi validi, dovevano essere approvati in giudizio dagli eredi, non potendo il padre senza il loro consenso fare alcuna disposizione de' proprii beni per qualsiasi

(1) EINECCIO, Elem. jur. germ. Lib. II § 162, 165, 357.

(2) EINECCIO, Lib. II § 357, 400.



cāsa (1). In Ungheria del pari il padre senza il consenso dei figli non aveva facoltà di alienare o ipotecare gl'immobili ereditarii; per contrario poteva liberamente disporre dei beni acquisiti (2). Nella Slesia aveva bisogno anche del consenso de' fratelli per disporre dei beni ereditarii a favore di un estraneo (3).

Vuolsi notare tuttavia che il divieto delle alienazioni dei beni di famiglia trovasi più generalmente stabilito per le disposizioni testamentarie, o che in qualunque modo dovevano aver effetto dopo la morte del disponente, che per gli atti o le donazioni tra vivi, per le quali anzichè gli eredi erano spogliati dei beni gli stessi donanti mentre ancor vivevano. La proibizione di donare in fatti si poteva riguardare piuttosto come un impedimento al dritto di proprietà o ad un atto di beneficenza, che come la consacrazione del dritto degli eredi, il quale si verificava solo dopo la morte del donante. Così le consuetudini francesi, o almeno la maggior parte di esse, mentre non per-

(1) LAFERRIÈRE, Histoire du droit franç. T. VI p. 472.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 324. Wierzbiec sul proposito dice: «Vetustissima omnique approbata consuetudo nostra, quod scilicet quilibet dominorum Baronum ac Magnatum et Nobilium, de et super universis rebus bonisque et juribus possessionariis, per eum propriis suis laboribus, servitiis et virtutibus qualitercumque acquisitis et inventis, liberam prout voluerit disponendi semper habeat potestatis facultatem.» MACIEIOWSKI, T. II § 252.

(3) MACIEIOWSKI, T. IV § 317.

mettevano di disporre per testamento o donazione a causa di morte che di una porzione assai limitata de' beni proprii; lasciavano poi in generale piena libertà di disporre di tutti i beni per donazione tra vivi allo stesso modo ch'era permesso di venderli (1). Il rispetto intanto al dritto degli eredi fece stabilire il principio che per la validità delle donazioni tra vivi fosse necessario uno spoglio assoluto ed attuale della proprietà; onde la massima *donare e ritehere non vale*, con la quale le consuetudini intendevano appunto rammentare ai donanti, troppo facili a turbare l'ordine delle successioni e le speranze degli eredi, che per ogni atto di donazione i primi ad esser privati dei beni non erano gli eredi, ma i donanti stessi (2).

§ 11. Verso il secolo duodecimo il divieto assoluto che i parenti potevano opporre all'alienazione degli immobili della famiglia cominciò a poco a poco a cessare, e si trasformò nel dritto di re-tratto successorio, che consisteva nella preferenza accordata ai parenti nella compra di un immobile che un membro della famiglia metteva in vendita, e nella facoltà di riscattarlo dalle mani del compratore estraneo mediante la restituzione del prezzo pagato. Questo privilegio della famiglia fu conosciuto e consacrato in quasi tutte le leggi di Europa nel

(1) TROPLONG, Donat. et testam. T. I n. 751.

TOULLIER, T. V § 101.

(2) GRENIER, Donat. et testam. T. I p. 13.

medio evo (1). Esso era ammesso nell'antico dritto scandinavo (2), nelle leggi e consuetudini di Alemagna (*ruckfalls-recht, jus recadentiae*) (3), in Inghilterra (4), nella Svizzera, ne' Paesi Bassi, nelle Assisie di Gerusalemme, ne' *fucros* di Spagna, negli statuti delle città italiane, nelle consuetudini francesi (5), e ne' paesi slavi, come in Russia, in Polonia, in Lituania e in Ungheria. Nella Polonia compete ai fratelli e alle sorelle, laddove in Lituania era accordato solo ai parenti maschi (6). Secondo le leggi di Ungheria questo privilegio spettava ai parenti ed ai vicini: essi dovevano sempre essere interpellati in caso di alienazione (*admonitio, fassio*), e avevano un anno e sei settimane di tempo per rispondere; ed anche dopo avere acconsentito alla vendita, avevano facoltà di ritrattarsi fra quindici giorni e far valere le loro ragioni (7).

Questo dritto del retratto non era neppure i-

(1) Fra le leggi barbare trovasi ammesso in quelle de' Sassoni: « Liber homo, si haereditatem suam necessitate coactus vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo: si ille emere noluerit, offerat tutori suo vel ei qui tunc a rege super ipsas res constitutus est. » Lex Saxon. T. VII.

(2) GRIMM, p. 607.

(3) EINECCIO, Dissert. de testamentifac. jure germ. § 19. STRATXIO, Lib. XXVIII Pand. tit. V § 5.

(4) Leges Ælfredi Tit. 37. Vedi CENCIANI T. IV p. 253.

(5) KOENIGSWARTER, op. e loc. cit. p. 519.

(6) MACIEIOWSKI, T. IV § 319, 323.

(7) MACIEIOWSKI, T. IV § 331, 374.

gnolo ai Romani, ed era comune così ai parenti come ai vicini, secondo si rileva da una costituzione di Teodosio e di Valentiniano, la quale l'abolì come contrario alla libertà delle contrattazioni (1). In Oriente però continuò ad essere in uso e fu molto frequente: onde venne sotto il nome di *jus prolimiseos* ristabilito con alcune costituzioni degl'imperatori Romano e Costantino Porfirogenito, i quali lo ammisero così in caso di vendita come in caso di enfiteusi o locazione, e tanto a favore dei parenti quanto a favore de' vicini o socii, benchè estranei (2). Ad imitazione di queste costituzioni fu poi sotto lo stesso nome di *jus protimiseos* consacrato da Federico II in una sua costituzione inserita nel libro de' feudi (3).

§ 12. Con l'uso dei testamenti e la cessazione del divieto assoluto delle alienazioni de' beni ereditarii, mentre vennero meno i dritti di proprietà dei figli e degli eredi sul patrimonio della famiglia, s'introdussero nelle legislazioni moderne, quanto a' dritti de' figli su' beni de' genitori, gli stessi principii stabiliti dal dritto romano degli ultimi

(1) Cod. Lib. IV tit. 38 c. 14. « Dudum proximis consortibusque concessum erat ut extraneos ab emptione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent: sed . . . superiore lege cassata unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emptorem. »

(2) HARMENOPUL. Lib. III tit. 3 § 118. MONTREUIL, Histoire du droit byzantin, T. II p. 337.

(3) Consuet. Feud. Lib. V tit. 13.

tempi intorno alla porzione legittima. Imperocchè dovunque fu ammessa la libertà di testare fu sempre distinta una porzione di beni di cui il testatore aveva libertà di disporre, ed un'altra porzione la quale doveva senza restrizione lasciarsi necessariamente agli eredi.

Questa porzione legittima, ammessa dalle legislazioni del medio evo, differiva tuttavia nel suo principio da quella stabilita dal dritto romano, in quanto che in Roma la legittima non era che un favore concesso dalla legge agli eredi sopra i beni di esclusiva proprietà dei genitori, laddove secondo i principii del dritto germanico la legittima era la consacrazione del dritto di comproprietà che i figli godevano sopra beni, che non potevano ritenersi di esclusivo dominio dei genitori, ma costituivano il patrimonio comune della famiglia. Perciò la facoltà di testare, che formava un dritto e la regola nella legislazione romana, non era che un favore ed un'eccezione nelle leggi germaniche.

Fra tutte le legislazioni di Europa che riconobbero la libertà di testare, solo quella dell'Inghilterra, passando dall'assoluto divieto di ogni disposizione all'estremo opposto dell'illimitato arbitrio del testatore, non ammise alcuna legittima a favore de' figli, consacrando invece il principio che ognuno, purchè non avesse a scopo di frodare i suoi creditori, potesse nel modo più assoluto disporre della totalità de' suoi beni senza essere obbligato



a lasciare neppure uno scellino agli eredi del sangue (1).

Circa poi la determinazione della quota di beni riservata agli eredi a titolo di legittima, le diverse legislazioni offrono la più grande varietà. Può però dirsi che la legittima per lo più è stata determinata non in via assoluta, ma secondo il numero e la qualità degli eredi cui era attribuita, lasciandosi al defunto una porzione disponibile del suo patrimonio, minore o maggiore, in proporzione del numero più o meno esteso degli eredi e della maggiore o minore prossimità di sangue. Alcune legislazioni hanno poi ampliata la quantità della porzione disponibile per le disposizioni di beni che il testatore intendesse fare a favore di uno degli stessi suoi figli: altre per l'opposto hanno vietato di attribuire ad un figlio una porzione maggiore di quella degli altri, e di rompere in tal modo l'eguaglianza fra tutti i figli. Così secondo le leggi dei Visigoti il padre che aveva figli poteva disporre del terzo dei suoi beni per vantaggiare uno di essi sopra degli altri, laddove a favore di un estraneo non poteva disporre che soltanto del quinto (2). Secondo il dritto Longobardo era permesso al genitore di favorire uno dei figli in preferenza degli altri solo nel caso che il figlio preferito si fosse mostrato ubbidiente e docile: qui

(1) LAVA, Droit Anglais, T. 1 p. 344.

(2) Leg. Wisig. Lib. IV tit. V § 1.

*bene et secundum Deum ei obediens fuerit et servierit* (1); ma, se tutti i figli erano egualmente buoni ed ubbidienti, non poteva il genitore a suo arbitrio preferire uno sugli altri: *et si toti ei bene servierint, habeant aequaliter substantiam patris* (2). Gli stessi principii erano seguiti dagli statuti pisani: uno de' figli poteva essere preferito solo nel caso che si fosse mostrato migliore: i figli meno favoriti aveano il dritto di provare che il figlio preferito non fosse stato nè il migliore, nè il più ubbidiente (3). Per contrario gli statuti di Milano non permettevano al padre di favorire alcuno dei figli a danno degli altri, *sed nec unum ab altero poterit jure nostro pater meliorare*; nè si faceva distinzione circa le qualità personali de' figli (4). Del pari in Orvieto una donna poteva testare a favore de' figli e delle figlie, ma l'era vietata ogni preferenza, dovendo tutti essere trattati egualmente (5). Gli Stabilimenti di S. Luigi similmente vietavano al padre e alla madre, che non appartenevano alla classe de' nobili, di favorire, anche ne' beni mobili ed acquisiti, uno de' figli al di sopra degli altri, a meno che non vi concorresse il consenso de' figli stessi, di guisa che rispetto a costoro non v'era porzione disponibile (6).

(1) Leg. Lang. II, 14, 12.

(2) Leg. Lang. II, 20, 3.

(3) GANS, op. cit. p. 69, 70.

(4) Id. p. 75.

(5) Id. p. 104.

(6) LAFERRIÈRE, T. VI p. 180.

Siffatta eguaglianza tra fratelli era imposta pure da molte consuetudini francesi: così Beaumanoir dice che il testatore può lasciare la sua disponibile a chi vuole, *excepté à ses enfants, aux quels il ne peut laisser à l'un plus qu'à l'autre*: e la consuetudine di Troyes, sanzionando lo stesso principio, disponeva: *on ne peut avantager l'un de ses enfants plus que l'autre venant à sa succession* (1).

È certo che questi principii erano ispirati da sentimenti patriarcali e dallo scopo di mantenere l'armonia ed evitare le rivalità tra fratelli; ma sembra in vece più prudente e saggio il sistema delle legislazioni moderne, le quali lasciano una porzione disponibile al padre di famiglia appunto perchè possa con essa sia premiare i più meritevoli tra' figli, stimolando una nobile emulazione tra tutti, sia per venire in aiuto a quelli fra essi che, per circostanze fisiche o morali, sieno in condizioni disuguali, e perciò più bisognosi degli altri.

Ordinariamente la legittima era riservata a' soli figli e discendenti: spesso si attribuiva anche agli ascendenti, i quali n'erano in generale esclusi nei paesi che avevano adottato il principio che i beni proprii non potessero risalire. Alcune legislazioni poi ammettevano una legittima anche a favore dei fratelli e delle sorelle; ed altre, come le

(1) LABOULAYE, Recherches sur la cond. civ. et polit. des femmes p. 251.

consuetudini francesi (1) ed alcuni statuti di Alemagna (2), per non fare uscire i beni dalla famiglia, attribuivano a titolo di legittima una porzione dei beni ereditarii a tutti i collaterali, anche dei gradi più lontani, e qualche volta riservavano ad essi anche una porzione su'beni acquisiti (3).

Sul rapporto della legittima e de'dritti de' figli voglionsi notare due innovazioni recate dal dritto canonico al dritto romano. L'una si contiene nella decretale d'Innocenzo III con cui dispose che i figli gravati da un fedecommesso potessero prima detrarre la loro legittima e poi ritenere anche la quarta trebellianica (4), laddove per dritto romano dovevano imputare quest'ultima sulla legittima (5). L'altra concerne la revocazione delle donazioni per sopravvenienza de'figli, la quale, mentre per dritto romano non era stabilita che per eccezione nel caso di donazione fatta dal patrono al liberto, fu poi dal dritto canonico estesa e sanzionata come regola generale per ogni specie di donazione. Era ciò conforme alla dottrina di S. Agostino, il quale lodò immensamente S.<sup>a</sup> Aurelio, vescovo di Cartagine, per avere, dopo che era nato un figlio a colui che aveva fatto donazione alla sua chiesa, restituito

(1) TROPLONG, *Donat. et testam.* T. I n. 750.

(2) EINECCIO, *Elem. jur. germ.* Lib. II § 193.

(3) *Id.* loc. cit.

(4) *Decr.* Lib. III tit. 26 c. 16 e 18.

(5) *Cod.* Lib. VI tit. 49 c. 6.

al medesimo i beni precedentemente donati (1).

§ 13. Gli antichi Germani, che ignoravano il dritto di disporre de' beni per testamento a pregiudizio della famiglia, dovevano per conseguenza anche ignorare la facoltà di potere col testamento medesimo diseredare i proprii figli. Ciò però non poteva impedire che il padre, scontento del figlio manchevole ai doveri della famiglia, non potesse ripudiarlo dalla stessa, in modo da privarlo anche de' dritti di successione che gli sarebbero spettati come membro dalla famiglia (2).

Fra le leggi barbare la diseredazione si trova per gravi cause ammessa in quelle dei Longobardi (3) e dei Visigoti (4). Le altre non ne fanno menzione o la prendono in altro senso, mentre la voce *exhaeredes* si applicava nel medio evo a tutti quelli che non raccoglievano l'eredità, sebbene non avessero dritto a legittima (5). In progresso di tempo per l'influenza del dritto romano e per l'introduzione de' testamenti, la diseredazione fu ammessa in molte legislazioni; ma generalmente non per tutte le cause stabilite dalla Novella 115 di Giustiniano. Fra le cause più comuni di diseredazione si com-

(1) Decr. 2<sup>a</sup> pars c. 17 q. 4 c. 43. « Reddidit Episcopus, nec etiam opinanti illi, quae donaverat. In potestate habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.»

(2) EINECCIO, Lib. II § 202, 203.

(3) ROTH. 168, 169.

(4) Leg. Wisig. Lib. IV tit. V § 1.

(5) EINECCIO, Lib. II § 206.



prendevano ordinariamente i matrimoni fatti dai figli in dissenso dei genitori, l'eresia o il passaggio dalla religione cattolica alla religione riformata, come pure il lusso e la prodigalità de' figli: onde per quest'ultime cause si ritenevano validi i testamenti con cui erano, in luogo de' figli, istituiti eredi i nipoti, con l'obbligo di lasciare ai figli l'usufrutto dei beni (1).

Le leggi di Ungheria permettevano al padre e al figlio di diseredarsi a vicenda, ossia di domandare la divisione dei beni ereditarii nei casi indicati dalla Novella 115 di Giustiniano. Inoltre il figlio poteva obbligare il padre alla divisione, ove senza giusti motivi si fosse opposto al suo matrimonio, o se lo avesse istigato a commettere reati (2).

La diseredazione fu dal codice Napoleone abolita in Francia, come quella che faceva ricadere la pena dal figlio colpevole alla posterità innocente; ma essa è tuttavia mantenuta nella maggior parte delle attuali legislazioni così di Europa come di America (3).

§ 14. Fra le diverse specie di disposizioni testamentarie si distinguevano nel medio evo principalmente le sostituzioni o fedecommissi, che tanta parte si ebbero nella legislazione e nella costituzione della famiglia.

(1) EINECCIO, Lib. II § 211.

(2) MACIEIOWSKI, T. IV § 327.

(3) DE S. JOSEPH, T. I. *Introd.* p. LXIV.

L'origine de' fedecommissi risale, com' è noto, a' Romani, presso i quali però nacquero da principio per uno scopo tutto diverso da quello per lo quale riapparvero e presero tanto sviluppo presso i moderni popoli di Europa. In fatti i fedecommissi in Roma non furono in origine che il mezzo con cui si cercava di far pervenire indirettamente l'eredità alle persone che la legge dichiarava incapaci di succedere e di ricevere per testamento. Si usava dei fedecommissi specialmente a favore de' peregrini (1), dei proscritti delle guerre civili (2), delle persone incerte, e, dopo la legge Voconia, a favore delle donne, come pure de' celibi, degl'individui senza figli e degli altri colpiti dalle leggi caducarie. Non potendo costoro per legge essere istituiti eredi, si nominava erede un amico, ma per la sola forma, pregandosi lo stesso di rimettere l'eredità alla persona cui si voleva far pervenire. Siffatti incarichi però non obbligavano menomamente l'erede istituito, il quale secondo la legge poteva benissimo ritenere per sè l'eredità. La coscienza pubblica nondimeno faceva un debito d'onore dell'adempimento dei fedecommissi, reputandosi poco conveniente il non eseguire le ultime volontà dei defunti, e cosa riprovevole il tradire la loro fiducia con appropriarsi ciò che non era lasciato se non a titolo di semplice deposito.

(1) GAIUS, II § 284.

(2) CIC. in Verrem II, 1, 47.

A ciò aggiungevasi che si usava de' fedecommissi anche per uno scopo non opposto alla legge e a vantaggio di persone capaci di succedere, per esempio a vantaggio de' minori o d'individui di cui si temeva la prodigalità e la spensieratezza, pregandosi perciò l'erede fiduciario di rimettere a costoro l'eredità quando fossero divenuti maggiori o dopo un determinato tempo (1). In appresso i fedecommissi si moltiplicarono e divennero così frequenti, che Augusto, volendo mettere la consuetudine in accordo con la legge, diè ad essi, con provvedimento che fu molto accetto ai costumi, forza legale obbligatoria, vendicando per tal modo i testatori dalla perfidia dei depositarii infedeli (2).

D'allora in poi presero i fedecommissi tale sviluppo ed estensione, ed occuparono siffattamente la giurisprudenza, che per la cognizione di essi fu necessario stabilire un pretore speciale, detto fedecommissario. Ma nello stesso tempo furono vietati i fedecommissi fraudolenti, quelli cioè fatti a favore di persone dichiarate dalla legge incapaci di ricevere per testamento (3).

In progresso di tempo i fedecommissi acquistarono un altro carattere, e indirizzaronsi a scopo tutto diverso dalla loro origine. Invalse nell'uso

(1) GRENIER, *Donat. et testam.* T. I *Introd.* p. 88.

(2) *Inst. Lib. II tit. 23 § 1.*

(3) GAIUS, II § 284—288.

che l'erede interposto potesse conservare per sè l'eredità durante un certo tempo, ed anche fino alla morte, in maniera che si ebbero dei fedecommissi i quali non dovevano aver effetto per l'erede fedecommissario che dopo la morte del fiduciario (1). Indi si adoperarono nel fine di perpetuare i beni nelle famiglie: onde i fedecommissi di famiglia, co' quali si sostituivano non solo più persone l'una dopo l'altra, ma anche più gradi e serie di generazioni. Sono frequenti nelle leggi romane le solenni formole di testamento con le quali, istituendosi dei fedecommissi, si vietava in perpetuo l'alienazione de' beni, affinchè non uscissero dal nome e dalla famiglia del testatore (2). Queste specie di fedecommissi divennero così comuni, che Giustiniano cercò di frenarne l'abuso, disponendo che la proibizione di alienare, tuttochè fatta in perpetuo, non potesse aver effetto oltre la quarta generazione (3).

Con l'invasione dei barbari i fedecommissi disparvero dalla legislazione; dappoichè gli antichi Germani e i diversi popoli del settentrione come erano avversi ai testamenti, così non ebbero alcuna idea di fedecommissi o istituzioni di simil genere. Ma nel medio evo, introdottasi la feudalità e risorgendo il dritto romano, risorse l'uso dei

(1) Dig. Lib. 36 tit. 1 fr. 75 § 1. Dig. Lib. 32 fr. 41 § 12, 13.

(2) BRISSONIUS, De formulis, Lib. VII § 48 e 83.

(3) Nov. 159 c. 2.

fedecommessi per lo stesso scopo per lo quale erano adoperati negli ultimi tempi di Roma , cioè per conservare e perpetuare i beni nelle famiglie, e con essi l'orgoglio e lo splendore aristocratico, proprio dei tempi feudali. Da principio si applicarono ai soli feudi e fra' nobili , ed erano per lo più ristretti a pochi gradi, o pure ai discendenti senza chiamarvi i collaterali, ovvero senza invitarvi dopo di essi anche gli estranei; ma in progresso di tempo, e specialmente dopo il 1600, l'orgoglio aristocratico invadendo tutte le classi della società , i fedecommessi s' introdussero anche fra borghesi e si applicarono ai beni di ogni natura , estendendosi a più serie di generazioni e con vincolo perpetuo, come il mezzo più acconcio per conservare e perpetuare il patrimonio ed il lustro delle famiglie (1). Accolti con gran favore, si estesero e si moltiplicarono dappertutto, in Francia, in Inghilterra, in Germania, in Italia, nella Spagna; ma non tardarono ad avvertirsi i gravi inconvenienti e pregiudizii che recavano alla società. In fatti per l'uso de' fedecommessi, mentre un' estensione immensa di beni spariva dalla circolazione accentrandosi nelle mani di pochi , l'agricoltura rimaneva stazionaria e negletta: poichè i gravati, non avendo la libera proprietà dei beni , poco si curavano di coltivare quelle terre

(1) MURATORI, Difetti della giurisprudenza, cap. XVII.



che dovevano necessariamente restituire ad altri: le famiglie trovavansi implicate in liti innumerevoli ed annose che ne ammisero il patrimonio, e i creditori e gli acquirenti di buona fede, ignorando i vincoli di sostituzione apposti ai beni loro ipotecati o venduti, rimanevano vittime di continue frodi e spoliazioni contrattando con gli eredi gravati: onde mancava ogni sicurezza nelle contrattazioni ed ogni stabilità negli acquisti. Perciò le leggi, senza vietare tuttavia l'uso de' fedecomessi, cominciarono ad assoggettarlo a varie restrizioni e temperamenti.

Così in Francia parecchie disposizioni furono all'uopo emanate dalle ordinanze di Orleans e di Moulins, e indi l'ordinanza del 1747 stabilì che ogni sostituzione non potesse estendersi oltre due gradi di sostituiti, senza contare il primo erede o legatario istituito (1). In Inghilterra, dove per l'estensione dei possessi feudali le sostituzioni avevano preso un grande sviluppo, varie leggi procurarono di limitarne gli effetti e la durata, permettendo agli eredi gravati di potere, mercè certi mezzi giuridici, ipotecare ed anche alienare in alcuni casi i beni sostituiti (2). Invalsa poi nel dritto consuetudinario inglese la massima che qualunque restrizione apposta al dritto di proprietà e alla libertà di testare non potesse eccedere il termine

(1) TROPLONG, Donat. et testam. T. I n. 49.

(2) BLACKSTONE, T. II p. 494 a 498.

di anni ventuno, si ammise per regola che la durata di una sostituzione non potesse estendersi oltre tale periodo di tempo dalla morte della persona istituita o vivente al tempo della sostituzione (1).

§ 15. L'esagerazione del principio delle sostituzioni diede poi origine ai *maioraschi*, ossia alle sostituzioni perpetue a profitto del primogenito della famiglia. Essi s'introdussero in Italia ai tempi di Pipino e Carlomagno (2); ma dove più allignarono fu nella Spagna, nella quale, accolti con immenso favore, divennero ben presto frequentissimi così tra nobili come tra borghesi; nè furono soggetti ad alcuna limitazione o restrizione, potendo, a differenza degli altri paesi, istituirsi per la semplice volontà del testatore senza bisogno di autorizzazione governativa (3). Nella Francia i *maioraschi* furono in uso solo in alcune provincie, cioè nel Rossiglione, nella Fian-dra, nell'Artese e nella Franca Contea (4). In alcuni paesi però, sebbene dominasse la feudalità o prevalessero assai poco i principii di eguaglianza, i *maioraschi* non incontrarono favore. Così in Inghilterra furono vietati dalle leggi come vincoli

(1) WESTOBY, *Resumé de la législation anglaise*, p. 17 — DE S. JOSEPH, T. II p. 250 n. 494, p. 256 n. 556.

(2) FORAMITI, *Enciclopedia legale*, v. *Maggiarasco*.

(3) MOLINA, *De Hispanor. primog.* Lib. I, c. 1 § 25.

(4) MERLIN, *Repert.* v. *Majorat*, § 11.

contrarii alla libertà di testare (1): parimente nei paesi slavi e specialmente in Russia non poterono mai stabilirsi e sono tuttora ignoti, come è del pari ignoto il dritto di primogenitura (2). Nella Polonia furono molto rari, tanto che non si contavano in tutto se non cinque maioraschi sanzionati dalle costituzioni delle diete del regno (3).

§ 16. In Roma non si poteva istituire un erede per contratto. Le convenzioni sulle future successioni, come quelle che potevano da uno de' contraenti far desiderare la morte dell' altro, si reputavano odiose e riprovevoli (4); massime ne' tempi corrotti dell' impero, quando l' esperienza mostrava che ogni uomo facoltoso temeva di essere insidiato nella vita da chi era certo di doverne ereditare i beni (5). Per contrario le leggi germaniche, le quali ritraevano da' costumi semplici e severi degli antichi Germani, non vedevano alcun pericolo nelle convenzioni di questa specie, e le ammettevano pienamente (6), ritenendole così lecite e valide come tutti i patti

(1) WESTOBY, p. 17.

(2) BELINE, Philosophie du droit, T. II p. 372.

(3) WOŁOWSKI, Coup d'oeil sur la legisl. polon. nella *Revue* cit. T. VIII p. 87.

(4) Cod. Lib. I tit. 3 c. 30. Si faceva eccezione soltanto pei militari, *ib.* c. 19.

(5) Filius ante diem patrios inquirat in annos. OVID. *Metam.* L. I, v. 148.

(6) Lex Sal. Tit. 49 — Lex Ripuar. Tit. 48. — Leg. Angl. et Wer. Tit. 13. — Leg. Wis. V, 2, 6 — Lex Burg. T. 43, 1, Tit. 60, 1.

che intervenivano per regolare i rapporti e i vincoli di solidarietà de' parenti tra loro, sia per l'ammissione in una determinata famiglia, sia per l'abdicazione o rinunzia alla stessa. Ora questi patti erano molto comuni e frequenti; dappoichè chi era ammesso in una nuova famiglia, o chi rinunziava a quella cui apparteneva, non acquistava o perdeva soltanto de'dritti e de'vantaggi, ma nel tempo stesso assumeva o disdiceva obblighi personali molto onerosi, quali eran quelli di assistere in giudizio col giuramento i membri della famiglia, di concorrere alla vendetta delle offese ad essi recate, e di assumere e sostenere con le armi tutte le loro inimicizie (1). Con tali vincoli di solidarietà era strettamente legato il dritto di successione a'beni della famiglia; e perciò le convenzioni, che regolavano l'ammissione o l'esclusione di alcuno rispetto ad una determinata famiglia o parentela, regolavano per conseguenza anche le ragioni sulla futura successione delle parti contraenti o de' parenti rispettivi. Così la legge Salica mostra che la rinunzia alla successione dei beni della famiglia era una conseguenza necessaria del patto con cui alcuno si scioglieva o usciva dalla famiglia stessa (2).

(1) EINECCIO, Elem. jur. germ. Lib. II § 149 nota.

(2) Si quis de parentilla tollere se voluerit in Mallum aut in Tunchinum admallare debet et ibidem dicere quod se et de juramento et de hereditate et de tota ratione (*razza*) illorum tollat.

Nel medio evo questi patti successorii, non ostante l'introduzione del dritto romano, si tennero al tutto validi e furono ricevuti con molto favore in Germania (1) ed in altri paesi; si usavano sia che si trattasse dell'eredità di uno de' contraenti, sia che si riferissero a quella di un terzo, e per tutte le disposizioni che concernevano l'acquisto, la trasmissione o la rinunzia dell'eredità.

§ 17. Col progresso della feudalità tali convenzioni divennero molto frequenti, soprattutto in occasione de' matrimonii; dappoichè, comè era precisamente pe' matrimonii de' vassalli che il servizio del feudo poteva subire alterazioni, passando dalle mani di un vassallo fedele nelle mani di un vassallo ignoto al signore, così ne venne che i signori feudali per assicurare il servizio del feudo solevano in questi stessi contratti regolare insieme alle convenzioni matrimoniali anche la futura successione del feudo (2). Per tal modo ebbero origine le istituzioni contrattuali per le quali ne' contratti di matrimonio si donava irrevocabilmente la propria successione o parte di essa in favore di uno degli sposi e de' figli nascituri (3).

Introdottesi dapprima ne' soli feudi furono poi molto frequenti fra' nobili come un mezzo di con-

(1) BOEHMER, Exerc. ad Pandect. Exerc. 71 ad Lib. 23 tit. 4, § 11.

(2) MONTESQUIEU, Esprit des lois, lib. XXXI c. 34.

(3) LAURIÈRE, Institutions contractuelles, T. I p. 69.



servare ed accrescere lo splendore delle famiglie. Da' nobili l'uso passò ai borghesi, e divenne generale pel favore che le leggi e le consuetudini accordavano ai matrimonii, essendosi, giusta la dottrina generalmente accreditata in Europa, ammesso il principio che le convenzioni matrimoniali fossero suscettive di disposizioni di qualunque natura, purchè non offendessero i buoni costumi e l'ordine pubblico. Ora le istituzioni contrattuali contribuivano grandemente a facilitare i matrimonii; imperocchè per esse si assicurava agli sposi e ai loro figli una successione, senza intanto spogliare immediatamente il donante, il quale conservava durante la sua vita la facoltà non solo di godere, ma anche di alienare, permutare e ipotecare i beni senza frode, essendogli solamente vietato di disporre a titolo gratuito in pregiudizio degli eredi istituiti. Così in Francia tali patti, essendo applicati a favore degli sposi e del matrimonio, poterono ammettersi ed estendersi generalmente; laddove, ove avessero avuto luogo in qualsiasi altra convenzione, si sarebbero ritenuti invalidi, sia come traffici poco decorosi e morali, sia come patti contrarii alle leggi, mentre non avevano la forma nè di donazione nè di testamento (1).

In Alemagna tali istituzioni di erede per contratto furono anche più libere e favorite che in Francia; dappoichè, al pari di tutti gli altri patti

(1) GRENIER, Donat. et testam. T. I p. 94 e seg.

successorii (*erbvertrage*), potevano farsi in un contratto diverso da quello di matrimonio (1). Erano in uso specialmente fra i principi ed i nobili per mantenere i beni nelle loro classi; più famiglie convenivano fra loro di mettere in comune i proprii beni col patto che, morendo un membro di esse senza eredi o prossimi parenti, dovessero ai beni da lui lasciati succedere gli altri membri dell'associazione (*ganerbschaften*) (2), creandosi così un ordine tutto particolare di successione il quale era indipendente dalle leggi e dagli statuti.

§ 18. Usitatissime, fra' patti successorii, erano nel medio evo le rinunzie alle successioni che si facevano principalmente dalle donne maritate e dotate. Siffatte rinunzie, ignote ed inutili ne' tempi in cui le donne erano generalmente escluse dall'eredità, vennero in uso in tutta Europa verso il secolo decimoterzo, allorchè, risorgendo l'influenza del dritto romano, cominciò a prevalere in materia di successione il principio dell'eguaglianza dei sessi. Questo principio, che chiamava le donne a succedere al pari degli uomini, benchè penetrato nelle leggi e negli statuti, trovava forte avversione ne' costumi delle classi elevate della società, le quali, dominate dallo spirito aristocratico e feudale, usavano ogni mezzo per combatterlo, cercando di

(1) Notice historique sur l'institution contractuelle, nella *Revue de leg.* etc. T. XI p. 136.

(2) GRIMM, p. 481.

allontanare le donne dalle successioni per non far passare i beni in altre famiglie. Così, introdottasi nell'uso e nelle consuetudini la massima che per le figlie maritate e dotate la dote dovesse tener luogo di legittima, senza potere null'altro pretendere nell'eredità de' genitori, ne derivò che dove questa massima non era sanzionata dalle leggi, le donne, nel ricevere la dote in occasione dei loro matrimonii, sollevano rinunziare espressamente alla successione dei genitori in vantaggio dei fratelli, dichiarandosi soddisfatte della dote ad esse assegnata. Tali rinunzie divennero così frequenti, che si facevano anche quando le donne erano dalle leggi espressamente escluse dalle successioni (1).

Come contrarie al dritto romano pareva che avessero dovuto vietarsi dopo il risorgimento di esso; ma, solendosi nel medio evo ricorrere al mezzo del giuramento per eludere sotto il manto della religione qualunque legge, si ritenevano come pienamente valide e legali, sempre che fossero accompagnate dal giuramento, e sotto questa condizione furono altresì approvate dal dritto canonico giusta una decretale di Bonifacio VIII dell'anno 1299 (2). Erano soprattutto frequenti tra le famiglie nobili; ed alcune consuetudini francesi giunsero ad ammettere che tra le famiglie de' nobili, le figlie, tuttochè avessero ricevuto per dote non altro che un cap-

(1) LABOULAYE, p. 245, 246.

(2) Decret. Lib. VI tit. 18 cap. 2.

pello di rose, dovessero reputarsi di pieno dritto escluse dalle successioni per effetto di una rinunzia tacita, laddove nelle famiglie non nobili la loro esclusione non aveva luogo che in forza di una rinunzia espressa (1).

#### CAPO XIV.

##### **Della solidarietà di famiglia nella vendetta e nella riparazione delle offese.**

§ 1. Nell'origine delle società, quando non è ancora costituito il potere dello Stato, la famiglia forma un'associazione strettissima, non sólo pei rapporti scambievoli de' parenti fra loro, ma anche pei rapporti che uno di essi può contrarre verso gli estranei e le altre famiglie. Di qui sorge il vincolo di solidarietà fra' parenti di una stessa famiglia così nell'assumere come nell'affrontare la vendetta, così nell'esigere come nel dare la riparazione delle offese ricevute o inferite da un membro della parentela. Tale vincolo di solidarietà e di responsabilità costituisce lo stato normale delle famiglie in tutte le società primitive; poichè, dove manca un' autorità pubblica per la repressione de' reati, la riparazione de' torti ricevuti dall'individuo è per necessità abbandonata all'offeso

(1) LAURIÈRE SUR LOISEL, lib. II tit. V § 25.

stesso o alla sua famiglia seguendo l'istinto della vendetta. Laonde il sistema della vendetta privata da parte della famiglia dell'offeso si appalesa nella storia dell'umanità come la prima forma del dritto penale che abbia esistito presso tutti i popoli.

Quanto ai popoli orientali, l'obbligo della vendetta fra'membri della famiglia si trova consacrato nelle legislazioni degli Ebrei e degli Arabi.

Mosè, volendo regolare i costumi del suo popolo, e non potendo estirpare quest'uso della vendetta, cercò restringerlo fra gli stretti limiti del taglione: Occhio per occhio, dente per dente, piede per piede, ferita per ferita, piaga per piaga (1). Egli permise in caso di omicidio volontario l'esercizio della vendetta al più prossimo parente della vittima, come quegli che dalla natura stessa era chiamato ad essere il vindice del sangue; e gli vietò di transigere con l'omicida e di accettare da lui una riparazione pecuniaria (2).

Questo vindice del sangue (*ultor sanguinis*) avea pure il dritto e il dovere di essere l'esecutore della condanna di morte pronunciata contro il colpevole

(1) Exod. XXI, 24, 25.

(2) Num. XXXV, § 19. « Propinquus occisi homicidam interficiet: statim ut apprehenderit eum, interficiet.

« § 24 . . . percussor homicidii reus erit: cognatus occisi statim ut invenerit eum, jugulabit.

« § 31. Non accipies pretium ab eo qui reus est sanguinis: statim et ipse morietur.»



e di decapitarlo egli stesso. Tal uso si pratica anche attualmente presso gli Orientali (1). A limitare poi sempre più l'esercizio della vendetta, Mosè aprì degli asili per coloro che avevano commesso un omicidio involontario, per evitare così che il parente più prossimo dell'ucciso, trasportato dal dolore, si spingesse ad uccidere chi non meritava la morte (2). Consacrò pertanto un alto principio di giustizia, ch'era un progresso in confronto agli usi degli altri popoli, restringendo alla sola persona del colpevole l'applicazione della pena: « Non si faranno morire i padri pe' figli, nè i figli pe' padri; ma ciascuno perirà pel suo peccato (3). »

Presso gli Arabi la partecipazione della famiglia alla vendetta delle offese fu in ogni tempo nelle abitudini e nel carattere di quelle popolazioni, fra le quali niun sentimento si è manifestato mai così vivo e potente quanto quello della vendetta. Maometto riconobbe espressamente nel Corano questo dritto della famiglia; ma, per moderarne l'uso, raccomandò ai parenti della vittima di risparmiare la vita dell'uccisore se lo stesso pagasse loro una composizione pecuniaria pel riscatto dell'omicidio (4). Però siffatta transazione non è punto obbligatoria, essendo abbandonato alla

(1) ESCHBACH, *Introd. génér. à l'étude du droit*, p. 488.

(2) DEUTER. XIX. Exod. XXI, 13. Num. XXXI.

(3) DEUTER. XXIV, 16.

(4) CORANO, Cap. II § 173, 174. Cap. XVII § 35.

discrezione del parente più prossimo dell'ucciso o di accettare, se si contenta, la composizione offerta, o di pretendere che l'uccisore sia rimesso fra le sue mani per punirlo del genere di morte che crede, purchè senza sevizie (1).

L'omicidio involontario debb'essere, secondo prescrive Maometto, riscattato con l'affrancamento di uno schiavo musulmano e col pagamento alla famiglia della vittima del prezzo del sangue fissato dalla legge, a meno che la famiglia non voglia che questa somma sia convertita in elemosine (2). Anche attualmente è in uso presso gli Arabi la vendetta da parte dei parenti dell'estinto: al parente più prossimo di costui è devoluto il dritto di vendicare la morte (3). Secondo la testimonianza di Chardin, lo stesso si pratica presso alcune tribù della Persia: l'autorità pubblica è obbligata di consegnare l'omicida nelle mani dei parenti della vittima, i quali hanno il dritto di metterlo a morte o di accettare una composizione (4).

Le altre antiche legislazioni di Oriente, come quelle della Persia, della Cina, di Egitto e specialmente dell'India (5), non conservano tracce della

(1) PAUTHIER, *Les livres sacrés de l'Orient*, p. 519.

(2) CORANO, *Cap. IV § 94*.

(3) VOLNEY, *Voyage en Syrie et en Egypte*, V. I p. 363.

(4) KOENIGSWARTER, *Etudes historiques sur les développements de la société humaine*, nella *Revue de legisl. et de juris.* T. 35 p. 124.

(5) WARNKÖNIG, *Juristische Encyclopädie*, p. 142.

partecipazione legale della famiglia all'esercizio della vendetta, nè del sistema delle composizioni da pagarsi a'parenti della vittima; imperocchè tali legislazioni rivelano lo stato di popoli già costituiti sotto l'autorità di un potere sociale, e che da gran tempo avevano abbandonato la vita nomade e di tribù indipendenti. Ma d'altra parte presso alcuni di questi popoli vedesi in certo modo consacrato il principio che ritiene la famiglia solidale delle colpe commesse da uno de' suoi membri. Così in Persia le pene capitali non colpivano solo la persona del reo, ma spesso si estendevano alla moglie, ai figli ed ai parenti (1). Nella Cina il principio della solidarietà non ha un'applicazione così tremenda; ma in generale le leggi cinesi ritengono il padre giuridicamente responsabile delle colpe commesse dalla moglie e dai figli (2). Esse dispongono che le mogli e le figlie degli individui colpevoli di alto tradimento debbansi ripartire come schiave fra i grandi ufficiali dello Stato: ove si tratti della semplice rivelazione dei segreti di Stato, o di delitti minori dello stesso genere, la pena di morte inflitta al colpevole è aggravata con l'esilio perpetuo della moglie e dei figli. I Cinesi poi ritengono come massima tradizionale che tutti coloro che sono stretti per vin-

(1) ESCHBACH, p. 456 — PASTORET, V 2 p. 558.

(2) WARNKÖNIG, p. 119.

coli di parentela abbiano un grado inerente di colpeabilità, la quale col sangue e col matrimonio si trasmette a tutti i membri della famiglia (1).

§ 2. La costituzione della famiglia in Atene offre pure le tracce dell'antico concorso della famiglia alla vendetta del sangue. La famiglia della vittima aveva un dovere imperioso di promuovere innanzi ai tribunali l'accusa contro l'uccisore di un parente. Per legge erano a ciò tenuti il padre, il figlio, il fratello, lo zio, il genero, i cognati, i cugini e i figli de' cugini dell'ucciso; il loro inadempimento a promuovere tale accusa non era del resto soggetto ad alcuna pena, ma portava seco una nota di riprovazione, riguardandosi come un atto di empietà il lasciare invendicata la morte dei proprii parenti. La legge permetteva ai parenti della vittima di venire ad un accomodamento con l'uccisore; ma all'uopo bisognava il voto unanime di tutti i parenti, poichè il dissenso di un solo bastava a rompere l'accordo e a proseguire l'accusa contro il colpevole (2).

In Roma l'uso della vendetta privata da parte della famiglia dell'offeso esisteva ne' primi tempi e vedesi consacrato dalle dodici tavole, le quali devolvevano al più prossimo parente il dritto e l'obbligo di vendicare l'offeso mercè l'applicazione del taglione contro l'offensore. Ciò è in

(1) MARTIN, *Histoire de la femme*, V. 1 p. 106, 111, 112.

(2) DEMOSTENE, *Orat. adver. Macartatum* § 57.

modo esplicito riformato dal seguente frammento:  
« Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus agnatus ulciscitur (1). »

È noto poi che le leggi posteriori seguendo l'antica tradizione imposero alla famiglia l'obbligo di accusare in giudizio l'uccisore del parente defunto sotto pena della perdita dell'eredità (2).

§ 3. Il dovere e il dritto della famiglia di esercitare la vendetta di uno de' suoi membri si manifesta in tutto il suo vigore e come un'istituzione al tutto regolare ed ordinaria presso i popoli settentrionali di Europa e presso gli Americani, i quali al loro apparire nella scena del mondo offrono il quadro più compiuto e spiccato de' principii e delle istituzioni che reggono i popoli nell'infanzia delle società civili. Tacito esprime in poche parole questo vincolo di solidarietà fra' parenti presso i Germani, il quale formava la base fondamentale della costituzione della famiglia: « Suscipere inimicitias seu patris seu propinqui, quam amicitias necesse est (3) »; ed indi aggiunge il dritto della famiglia a ricevere la soddisfazione e la composizione per l'offesa ricevuta: « Nec impla-

(1) CAT. Orig. apud Priscian. VI, 13, 19. Secondo altre lezioni leggesi *cognatus* in luogo di *agnatus*, come in Forcellini, Lexic. v. *Talio*.

(2) Dig. Lib. 29, tit. 5, fr. 8 § 1.

Cod. Lib. VI tit. 33 c. 1.

(3) De morib. Germ. c. XXI.



cabiles durant; luitur enim etiam omicidium certo armentorum vel pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus (1). » Presso gli Americani, dice Robertson<sup>1</sup>, il dritto della vendetta è nelle mani de' privati, e, quando si commette una violenza o si sparge del sangue, la comunità non s'ingerisce nel determinare o nello infliggere la pena. Appartiene alla famiglia o agli amici della persona ingiuriata o uccisa il vendicare il torto o accettare la riparazione offerta dall'offensore (2).

Le leggi scritte de' popoli germanici e scandinavi, quantunque appartengano ad un'epoca in cui si era già costituita una certa autorità sociale, conservano numerose tracce di questo concorso della famiglia nella vendetta delle offese ricevute da un membro della stessa. Così la legge de' Turingii dice: « Ad quemcumque haereditas terrae pervenit, ad illum vestis bellica, id est lorica, et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere (3). » Le leggi de' Longobardi ordinano di consegnare nelle mani de' parenti della vittima l'omicida che non avesse potuto pagare la composizione (4). Per le leggi dei Visigoti egualmente il colpevole era spesso consegnato nelle mani dei parenti dell'of-

(1) Ibi.

(2) ROBERTSON, Storia di America lib. IV § 4, traduz. di Botta V. 2, p. 22.

(3) Leg. Angl. et Wer. T. VI § 5.

(4) Leg. Liutpr. c. XXI.

feso per rimanere a loro discrezione e subire la loro vendetta (1). I miti o *sagas* scandinavi mostrano come un obbligo sacro della famiglia il vendicare la morte de' parenti: così le leggi di Norvegia permettevano a' parenti di uccidere l'omicida a' piedi del cadavere della vittima. Uno statuto di Alemagna del 1470 rivela come il sistema della vendetta di famiglia si praticava tuttavia nel secolo decimoquinto; in caso di omicidio si lasciava alla scelta della famiglia di accettare la composizione, o invece di vendicare col sangue la morte di uno de' suoi membri. Vuolsi pure notare l'uso invalso nel medio evo, il quale non era che un avanzo dall'antica vendetta privata, quello cioè di attribuire ad uno de' parenti della vittima l'ufficio di esecutore della condanna di morte contro il colpevole (2).

Il sistema della vendetta da parte della famiglia dell'offeso esisteva come la forma primitiva della repressione de' reati presso i popoli della razza sla-

(1) Lib. IV, tit. V c. 12. Lib. IX, tit. 1 c. 6. Lib. III, tit. IV c. 1, 3, 9, 13.

In alcune contrade del paese di Galles i parenti dell'offeso sollevano in caso di omicidio far massa e saccheggiare l'uccisore e i suoi congiunti e incendiarne le case, s'intantochè non si fosse data sepoltura al cadavere. Ciò doveva farsi nel mezzo del giorno dopo la morte. Di tale saccheggio una terza parte spettava al re, il rimanente alla famiglia dell'ucciso. HALLAM, *L'Europa nel medio evo* c. VIII part. 2 p. 343, nota.

(2) KOENIGSWARTER, Op. e loc. cit. p. 130, 137, 138, 141.

va. Trovasi in fatti riconosciuto nelle leggi di Russia, di Polonia, di Lituania, di Ungheria, di Boemia, di Moravia, della Serbia, ed è tuttavia in vigore presso i Montenegrini (1). Nel trattato di Oleg, seguito tra i Russi ed i Greci nell'anno 911, fu espressamente stabilito che l'omicida potesse subire la pena di morte, o secondo il dritto de' Greci, cioè per condanna del giudice, ovvero secondo il dritto slavo, cioè per la consegna del colpevole nelle mani del più prossimo parente dell'ucciso cui toccava il dritto della vendetta. Se il colpevole si era dato in fuga, si permetteva ai parenti della vittima di prendere i suoi beni, e, in difetto di questi, di tenere in prigione la moglie sinchè il colpevole non avesse pagato il prezzo del riscatto (2). La *praieda* di Jaroslao dell'anno 1120 stabiliva a quali parenti spettasse l'esercizio della vendetta, e, circoscrivendo in qualche modo l'uso di essa, ne attribuiva il dritto solo ai parenti più prossimi, cioè al padre, al figlio, al fratello e al nipote da fratello e sorella (3).

La vendetta della famiglia spesso non era dalle leggi limitata alla sola persona del colpevole, ma si estendeva ancora alle persone de' suoi parenti, i quali così erano ritenuti solidali e responsabili delle colpe commesse da uno di loro. La legge

(1) MACIEIOWSKI, T. II § 135. T. IV § 207.

(2) MACIEIOWSKI, T. I § 143. T. II § 149.

(3) MACIEIOWSKI, T. II § 203.

Sassone, per esempio, permette di vendicare l'omicidio di un uomo libero non solo con la morte dell'uccisore, ma anche con quella dei suoi figli (1); e per l'assassinio di un nobile, commesso da un *litus*, estende la vendetta sopra di lui e sopra sette de' suoi parenti (2). In Russia la legge disponeva che con gli assassini e i ladri di strada dovessero ridursi in ischiavitù anche le loro mogli e i figli, quantunque i medesimi non avessero preso alcuna parte al reato commesso dal marito e dal padre (3). Anche il dritto germanico faceva schiavi insieme al colpevole la moglie e i figli di lui, se il medesimo non avesse potuto pagare la composizione (4).

§ 4. Allato al sistema della vendetta privata da parte dei parenti dell'offeso vi era l'uso delle composizioni, potendo la famiglia dell'offeso rinunciare all'esercizio della vendetta contro la persona dell'offensore, ed accettare da lui in riscatto della vendetta stessa un prezzo determinato, come riparazione ed equivalente del torto ricevuto. Tali composizioni da principio non erano che facoltative ed abbandonate alla volontà e al libero ac-

(1) Lex Sax. T. II § 6. « Si mordum totum quis fecerit, ille ac filii ejus soli sint faidosi. »

(2) « Si autem (litus) absque conscientia domini hoc fecerit, dimittatur a domino et vindicetur in illo et aliis septem consanguineis ejus a propinquis occisi. » T. II § 5.

(3) MACIEIOWSKI, T. II § 182, 220.

(4) GRIMM, p. 323, 329.

cordo delle parti; ma poscia essendo, pel progresso della civiltà e l'ingerenza che lo Stato acquistava nella repressione de' reati, venuto meno il sistema della vendetta privata, esse divennero obbligatorie per la famiglia dell'offensore, e la misura del prezzo da pagarsi venne fissata dalle leggi, le quali ne attribuirono una parte ai parenti dell'offeso ed un'altra la riservarono allo Stato a titolo di ammenda (1). Il prezzo dovuto a titolo di composizione all'offeso o alla sua famiglia dicevasi nelle diverse leggi germaniche *wergeld*, *widrigild*, *guidrigild*, *leud*, *compositio*, *emenda*, *satisfactio*, ovvero *blutgeld* (prezzo del sangue): presso i Russi denominavasi *vira* (2). La parte poi dovuta allo Stato o al re denominavasi *fredus*, e, quando era stabilita dal giudice, dicevasi *bannum*, *bannus* (3).

Accettata la composizione, s'intendeva stabilita la pace tra l'offensore e la famiglia dell'offeso, e perciò questa non poteva più molestare la persona dell'offensore. Le formole e i diplomi del medio evo offrono numerosi esempj di contratti con cui i parenti della vittima dichiaravano di non volere più proseguire la querela (*faida*) già riscattata col pa-

(1) Ciò era stato già notato da Tacito: « Pars multae regi vel civitati, pars ipsi qui vindicatur vel propinquis eius exsolvitur. » De morib. Germ. c. XII.

(2) GRIMM, p. 649 a 653.

(3) GRIMM, p. 656, 657.



gamento del *wergeld*, e si obbligavano di rispettare in qualunque luogo e tempo la persona dell' offensore (1). Tali convenzioni, conosciute col nome di *epistolae securitatis* o *securitas*, *lettres de sauvegarde* o *commissions de sécurité*, e di *lettres of slanes* in Iscozia, si conservarono per molto tempo nei varii paesi di Alemagna; mentre si riteneva che il colpevole non potesse sottrarsi da persecuzioni ed esimersi da pena pel delitto commesso, se prima non avesse ottenuto questa garentia da parte della famiglia dell'offeso. Così in Corsica gli statuti criminali del medio evo imponevano all'omicida di ottenere per atto pubblico la dichiarazione di pace da' parenti della vittima. Spesso ancora questo assentimento della famiglia era necessario anche perchè il colpevole potesse ottenere grazia dal sovrano: così Giuseppe II nel fare il suo ingresso nel Brabante fu obbligato di giurare ch'egli non avrebbe fatto grazia ad alcun omicida, il quale non avesse dato soddisfazione ai parenti dell' ucciso; ed una legge del 1564 vietava al re di Aragona di graziare un condannato a morte senza il consenso della parte avversa (2).

Al pagamento o alla partecipazione del *wergeld*, dovuto per l'uccisione di un parente, doveva con-

(1) SIRMONDI, Form. 39. Ved. CANCIANI Leg. Barb. T. III p. 449. MARCULFI, Form. 11, 18, *append. form.* 23. Ved. CANCIANI T. II p. 134, 256, 271.

(2) KOENIGSWARTER, op. e loc. cit. p. 162 a 165.

correre l'intera famiglia, tutti i parenti cioè che erano chiamati a vendicare o a riscattare l'offesa ricevuta o recata da uno di loro (1). Così la legge de'Turingii sopra riferita attribuisce all'erede della terra paterna tanto l'*ultio proximi* quanto la *solutio leudis*. Il *wergeld* però era dovuto soltanto ai parenti dell'uomo libero, che solo aveva il dritto della vendetta propria e de'suoi. Quelli che non godevano libertà intera, o che erano sotto la protezione altrui, come i servi, i *liti*, le persone soggette al signore feudale e gli stranieri, non partecipavano alla composizione della famiglia; ma questa era dovuta al padrone, al signore o al re secondo i casi. V'erano tuttavia delle eccezioni: così presso i Frisoni il *wergeld* per l'uccisione di un *litus* apparteneva al padrone solo per due terzi, mentre il resto era attribuito alla famiglia della vittima (2). I re qualche volta cedevano ai parenti degli stranieri una parte del dritto ch'essi avevano al *wergeld*: per esempio Ina, re degli Anglosassoni, consentì a non pretendere che due terzi del *wergeld* di uno straniero, abbandonando il resto alla famiglia dell'offeso (3).

Le donne, come quelle che per la debolezza del sesso non erano atte ad esercitare la vendetta dei loro parenti, erano per conseguenza escluse dalla

(1) GRIMM, p. 663.

(2) Lex Fris. tit. 1 § 7 — Tit. XV § 3.

(3) CANCIANI, Leg. Barb. T. IV p. 238, leg. Inae c. XXIII.

partecipazione al *wergeld*, ch'era il risultato della vendetta stessa (1). In appresso però come furono ammesse a'dritti di successione, così furono pure chiamate a partecipare co' maschi al *wergeld* pagato alla famiglia.

Ordinariamente il prezzo del *wergeld* era dovuto ai parenti della vittima come un dritto di successione, ma con questa specialità, ch'esso non era attribuito esclusivamente all'erede più prossimo, ma doveva ripartirsi fra tutti i membri della famiglia, prossimi o lontani che fossero (2); mentre come tutti i parenti avevano l'obbligo di concorrere alla vendetta, così era giusto che tutti egualmente avessero il dritto di partecipare alla soddisfazione dovuta dall'offensore (3). Però il *wergeld* non era diviso in parti eguali fra' parenti cui si devolveva; ma ai parenti più prossimi si attribuiva per lo più una porzione maggiore che al resto della famiglia. Così la legge Salica attribuisce metà del *wergeld* al figlio della vittima e l'altra metà agli altri membri della famiglia (4). La

(1) Quia filiae ejus (Langobardi interemti) eo quod foemineo sexu esse probantur, non possunt ipsam faidam levare. Leg. Liutpr. Lib. 2 c. 7. — La figlia secondo tale legge non prendeva parte al *wergeld* che in mancanza di parenti maschi, e doveva dividerlo col fisco.

(2) Tacito l'aveva già avvertito: *recipitque satisfactionem universa domus*, c. XXI.

(3) GRIMM, p. 663.

(4) Tit. LXV § 1.

medesima stabiliva che chi dichiarava di sciogliersi dai vincoli della parentela, perdeva col dritto di successione anche ogni dritto alla partecipazione del *wergeld* de' suoi parenti, i quali alla loro volta nulla a questo titolo potevano più esigere in riparazione dell'offesa da lui ricevuta (1). Per la legge dei Frisoni la composizione dovuta per l'uccisione di un nobile doveva ripartirsi assegnandosi due terzi all'erede ed un sol terzo agli altri parenti del defunto (2). La legge Longobarda nella divisione del *wergeld* assegnava due terzi ai fratelli legittimi ed un terzo ai fratelli naturali (3).

Secondo le leggi scandinave, il *wergeld* doveva dividersi in due parti: l'una, detta *arfeabot*, si divideva agli eredi, l'altra, denominata *ätlarbot*, si divideva fra tutta la famiglia. Alcune di esse attribuivano dodici porzioni al figlio della vittima, sei al fratello e quattro allo zio paterno (4). Secondo le leggi slave una parte della composizione era attribuita alla moglie e ai figli o parenti della vittima, ed un'altra al fisco (5).

Quanto poi al pagamento del *wergeld* da parte della famiglia del colpevole, pare che le leggi chiamassero alcuni parenti a contribuirvi prima o in

(1) Tit. LXIII, De eo qui de parentilla tollere se vult.

(2) Lex Fris. Tit. I § 1.

(3) ROTHAR. CCLXII.

(4) GRIMM, p. 663, 664.

(5) MACIEIOWSKI, T. IV § 226, 228.

proporzione maggiore degli altri: così la legge Sassone stabiliva che la composizione dovesse per due terzi pagarsi dall'omicida e per un terzo da' suoi prossimi parenti (1).

In progresso di tempo, sostituendosi al sistema delle composizioni e delle transazioni pecuniarie la repressione pubblica de' reati con pene stabilite dall'autorità sovrana, le leggi cominciarono a restringere, e quindi ad abolire l'obbligo della contribuzione de' parenti al pagamento del *wergeld*. Così la legge dei Borgognoni vietò espressamente ai parenti della vittima di potere in alcun modo molestare per siffatto pagamento i parenti dell'omicida (2). Il re Childeberto, volendo introdurre la pena di morte per gli assassini, vietò ai parenti del colpevole di concorrere al pagamento della composizione reclamata dalla famiglia dell'estinto (3). Edmondo II re d'Inghilterra sopprime del pari quest'obbligo della famiglia, lasciando all'arbitrio della stessa di contribuire ovvero no al pagamento della composizione dovuta da uno dei parenti (4). Nella Svezia tale obbligo della famiglia fu abolito da Magnus Erichson nel 1335: in Danimarca durò più a lungo ed esisteva tuttavia nell'anno 1537. In Olanda poi solo nella metà del secolo

(1) Tit. II § 6.

(2) Lex Burg. Tit. II § 6.

(3) KOENIGSWARTER, op. e loc. cit. p. 368.

(4) CANCIANI, T. IV p. 270.



decimoquinto furono i parenti dell'omicida esonerati dall'obbligo di contribuire al pagamento della composizione, meno il caso che avessero accompagnato il colpevole nel momento del delitto (1).

§ 5. Come i membri della famiglia erano solidali fra loro e si dovevano mutua assistenza ed aiuto sia per le inimicizie e la vendetta delle offese, sia per la riparazione cui dovevano partecipare o contribuire mediante le composizioni, così erano egualmente tenuti di concorrere alla difesa di uno dei membri della famiglia in tutte le contestazioni giudiziarie, civili o penali, nelle quali poteva essere interessato.

Quest'assistenza nella difesa consisteva specialmente nell'obbligo di prestare giuramento a favore dei proprii parenti accusati o convenuti in giudizio. In vero ne' tempi eroici e fra popoli guerrieri si ha ferma fede nella parola dell'uomo libero; perciò fra gli antichi popoli settentrionali in origine era sufficiente per la pruova il semplice giuramento della parte (2); onde qualunque controversia, penale o civile, si decideva col giuramento sempre che non si ricorreva al duello giudiziario. In progresso di tempo però il giuramento prestato in causa propria dall'accusato che affermava la propria innocenza, ovvero dal litigante che sosteneva la propria domanda o respingeva quella

(1) KOENIGSWARTER, op. e loc. cit. p. 368, 369.

(2) GRIMM, p. 859.

dell'avversario, doveva, per poter far pruova a favore di chi lo prestava, essere sostenuto e corroborato dal giuramento accessorio di altre persone le quali garentissero che la parte non era capace di mentire, e che perciò meritava di essere creduta nelle sue affermazioni. Or tali persone, dette *conjuratores*, *compurgatores*, *sacramentales*, in origine non erano, nè potevano essere che gli stessi parenti dell'accusato, quelli cioè che dovevano sostenere le inimicizie e fare la sua vendetta (1). Perciò, ove un membro della famiglia preferiva giurare anzichè affrontare il combattimento o pagare la composizione, i parenti erano in obbligo di farsi garanti in giudizio delle affermazioni di lui, e provare alla parte avversa col fatto del proprio giuramento che ciò che il loro parente affermava doveva esser vero, e che quindi era egli innocente dell'accusa, o nulla doveva di quanto contro di lui si domandava.

Presso le nazioni germaniche quest'assistenza de' proprii parenti nelle contestazioni giudiziarie trovasi espressamente riconosciuta e consacrata da varii monumenti legislativi. In fatti la legge de' Bavari (2), quella de' Borgognoni (3), le formule di Marculfo (4),

(1) GRIMM, p. 860, 862.

(2) Tit. VII c. XV.

(3) Tit. VIII c. 1. « Ingenuus cum uxore et filiis et propinquis sibi duodecimo juret. »

(4) Append. II.

diversi capitolari dei re Franchi (1), le leggi longobarde (2), quelle degli Anglosassoni (3), richiegono che i congiuratori o compurgatori dovessero prendersi nella famiglia dell' accusato o del convenuto e fra' più prossimi parenti. La legge Salica poi fornisce una pruova manifesta di quest' assistenza dovuta dalla famiglia, quando dispone che chi rinunzia alla parentela debba rinunziare nel tempo stesso, oltre agli altri rapporti co' parenti, anche al giuramento (4). In Brettagna come nella Scozia si riteneva quale un punto d'onore pe' membri, anche più lontani, della famiglia il prestarsi l'un l'altro assistenza in giudizio col giuramento come il difendersi con le armi (5).

L'obbligo dell'assistenza col giuramento non era del resto una singolarità della razza germanica :

(1) Capit. Lib. IV c. 13. Lib. V c. 230. Ved. CANCIANI T. III p. 198, 240.

(2) ROTHAR. c. CCCLXV.

(3) « Et si quis virum consecratum inimicitiae accuset, et dicat quod sit homicida vel mali consiliarius, purget se cum cognatis suis qui inimicitiam simul portare vel prius compensare debent. » Vedi CANCIANI T. IV p. 294. « Homo de statu suo pulsatus, si is qui eum pulsat ad convincendum illum procinctum habuerit, adhibeat sibi octo conjuratores legitimos ex ea parte unde pulsatur, sive illa paterna sive materna sit, et quatuor aliunde non minus legitimos, et jurando vindicet libertatem suam. » Vedi CANCIANI Tom. III p. 204.

(4) Tit. LXIII. « Si quis de parentilla tollere se voluerit, debet dicere quod se et de juramento et de hereditate et de tota illorum ratione tollat. »

(5) MICHELET, Origines p. 338.

esso esisteva con lo stesso carattere in Cuma (1), come fa conoscere Aristotile (2), il quale però non ne fa menzione che solo da parte dell'accusatore, probabilmente perchè l'uso di questo mezzo di pruova per l'accusa doveva sembrargli anche più barbaro che se fosse applicato alla difesa (3). Una legge di Atene obbligava il figlio a prestare giuramento a favore del padre defunto quando questi fosse accusato e si proseguisse il giudizio con l'erede (4). Presso i Romani l'obbligo di reciproco aiuto con la testimonianza e col giuramento doveva esistere ne'primi tempi fra i clienti e i patroni, e probabilmente da una mitigazione di questo vincolo (5) deriva l'obbligo che si avevano i clienti e i patroni di non muoversi lite fra loro nè fare testimonianza in giudizio l'uno contro l'altro o a favore de' loro nemici (6).

F I N E

(1) Città dell'Eolide nell'Asia Minore come osserva Bartheleny S. Hilaire nella *Politique d'Aristot.* p. 90, 414.

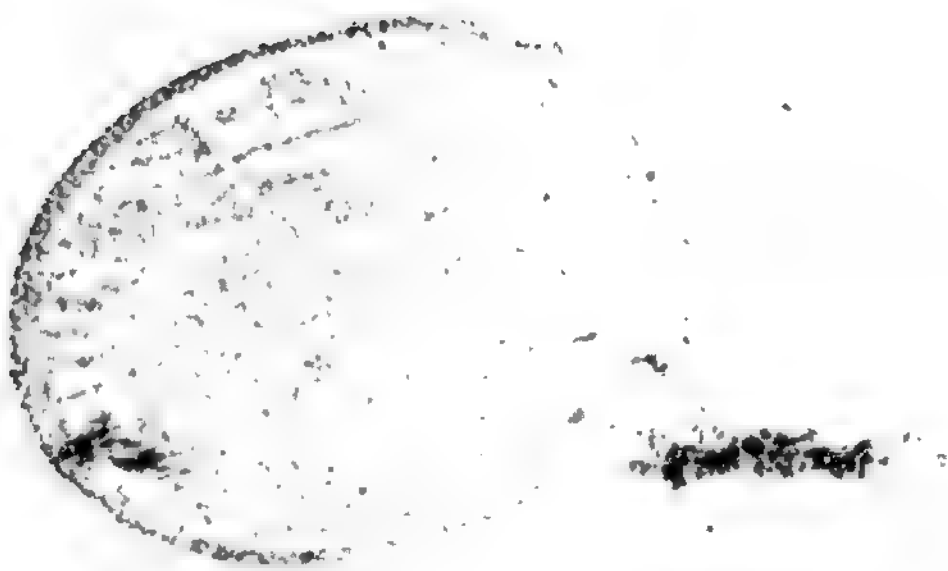
(2) « Apud Cumas de caede lex est, si accusator multos testes inducat ex agnatis propriis, reum esse caedis contra quem probatur. » *Polit. Lib. II c. VI.*

(3) NIEBUHR, *Histoire Romaine.* T. I p. 310.

(4) « Filius pro patre jusjurandum dato, si quis mortuum criminatus cum haerede agat. » PETIT, *Lib. II tit. IV § 18.*

(5) NIEBUHR, T. I p. 318.

(6) « Adversus cognatos pro cliente testatur; testimonium adversus clientem nemo dicit. » AULO GELLIO, V, c. 13.



23415









